Das Verhältnis von Verschulden, Verantwortlichkeit und Bösgläubigkeit Minderjähriger auf Grund des § 828 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Günter Kuhl
Gerichtsreferendar
aus Wuppertal-Barmen.

75 13

Verlagsanstalt Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1935

Das Verhältnis von Verschulden, Verantwortlichkeit und Bösgläubigkeit Minderjähriger auf Grund des § 828 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Günter Kuhl
Gerichtsreferendar
aus Wuppertal-Barmen.

75 13

Verlagsanstalt Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1935

Referent: Geh. Hofrat Professor Dr. Rudolf Merkel.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Meinen lieben Eltern.

Anordnung.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greif: Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1930.

Becker: Kennen und Kennenmüssen als gleich- oder nicht gleichwirkende Tatbestände im BGB. Bergheim 1899.

Binding: Normen, 2. Aufl. 2. Band, 1. Hälfte.

Brand: Eigentumserwerb und Bereicherungshaftung Minderjähriger, wenn der gesetzliche Vertreter ohne vormundschaftliche Genehmigung tätig wird. Tübingen 1930.

Breit: Die Geschäftsfähigkeit. Leipzig 1903.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 1. Band, 2. Aufl.

Croissant: Eigenes Verschulden und Handlungsunfähigkeit. Straßburg 1893.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Band. 1902.

Dernburg: Pandekten I. 7. Aufl. 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 2. Band. 7. Aufl.

Dittenberger: Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1903.

Dölle: Empfiehlt es sich, im Zusammenhang mit der kommenden Strafrechtsreform die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu ändern? In Verhandlungen des 34. deutschen Juristentages. 1. Band.

Eck: Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. 1.—3. Band. 1. und 2. Aufl.

Eckart: Ueber Geschäftsfähigkeit Minderjähriger. Berlin 1908.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
1. Band. 8. und 9. Aufl. Berlin 1903.
2. Band. 3. — 7. Aufl. Berlin 1908.
3. Band. 3. — 7. Aufl. Berlin 1908.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Band. 13. Bearbeitung von Nipperdey. Marburg 1931.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Band. Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearbeitung. Marburg 1932.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

Frank: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11.—14. Aufl.
Franzmann: Das Verschulden im Zivil- u. Strafrecht. Bonn 1929.
Goering: Das Recht des Minderjährigen und Entmündigten nach dem 1. Januar 1900. Leipzig 1899.
Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und den sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Stuttgart 1897.
Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.
Heinsheimer: Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB. In Ziv.Arch. 95. S. 234 ff.
Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Henle: Bürgerliches Gesetzbuch: herausgegeben von Otto Fischer. München 1927.
Hoelder: Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. München 1900.
Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des „rechtlichen Grundes". Tübingen 1907.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Band. Berlin 1906.
Kommentar von Reichsgerichtsräten: Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erlassen von Reichsgerichtsräten. 7. Aufl. 1928. (zit.K.v.RGR.).
Krause: Eigenes Verschulden Handlungsunfähiger. Marburg 1932.
Krückmann: Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung. In Iher. Jahrb. Band 55. S. 2 ff.
Labowsky: Eigenes Verschulden bei Schadensersatzansprüchen im gemeinen Recht und BGB. Erlangen 1898.
Lassen: Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. In Arch. f. bürgerl. Recht. 40. Band. S. 286.
Lehmann: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. 1933.
Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Leipzig 1912.
Leonhard: Fahrlässigkeit und Unfähigkeit. In Festgaben für Enneccerus. Marburg 1913. 2.
Leonhard: Besonderes Schuldrecht des BGB. Leipzig 1933.
v. Lilienthal: Jugendliches Alter. In „vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts". Allgemeiner Teil. 5. Band. Berlin 1908.
Linckelmann: Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Berlin 1898.

v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des BGB. Berlin 1898.

v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 1. Band. Allgemeiner Teil.

Neumann: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Band. 6. Aufl.

Oertmann: Abgrenzung zwischen Verschuldens- und Erfolgshaftung im Schadensersatzrecht. In DJZ. 1933. Sp. 748

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1908.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Abt. 5. Aufl. 1908.

Oertmann: Verschuldensfähigkeit. In LZ. 1924. Sp. 241.

Oertmann: Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen. In Bl.f.d.RA. Band 74. S. 573 ff.

Pfeiffer: Gültigkeit der Zahlung an Geisteskranke. In L.Z. 1912. S. 746.

Pfizer: Das Verschulden eines Kindes unter 7 Jahren. In DJZ. 1904. Sp. 712.

Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Band. 2. Hälfte. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1914.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1897.

Riezler: Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.

Rümelin: Culpahaftung und Kausalhaftung.
In Arch. f. d. ziv. Praxis. 88. Band. S. 285 ff.

Rümelin: Die Gründe der Schadenszurechnung. Leipzig 1896.

Rümelin: Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht. Tübingen 1910.

Rümelin: Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht.
In Arch. f. d. ziv. Praxis. 90. Band. S. 171 ff.

Schirmeister: Das bürgerliche Recht Englands. Berlin 1906.

Schmidt: Bürgerliches Recht. Stuttgart 1927.

Schwarz: Generalkonsens an Minderjährige. Tübingen 1931.

Schwartz: Das Billigkeitsurteil des § 829 BGB. Halle 1904.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 9. Aufl. 1929.

Strohal: Streifzüge im Entwurf des BGB. In Jher.Jahrb. 14. Band.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 1. Band. 14. Aufl. 1925.

Süßheim: Die Altersstufen des BGB. In Gruchot, 45. Band. S. 53.
Träger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.
von Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. München und Leipzig 1914.
Verhandlungen des 34. deutschen Juristentages (Berlin). 1. Band. 1926. S. 98—135; 136—178.
Warneyer: Kommentar zum BGB. Tübingen 1932.
Weyl: System der Verschuldensbegriffe im bürgerlichen Gesetzbuch. München 1905.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt 1906.
Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Zeitschriften und Entscheidungen.

Arch.f.bürgerl.R. = Archiv für bürgerliches Recht.
Ziv.Arch. = Archiv für die zivilistische Praxis.
RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruch. = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Iher.Jahrb. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
K.G. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
J.W. = Juristische Wochenschrift.
L.Z. = Leipziger Zeitschrift für das deutsche Reich.
Recht: = Das Recht. Rundschau für den Juristenstand.
R.O.L.G. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Seuff.Arch. = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warn. = Warneyers Rechtsprechung des RG. auf dem Gebiete des Zivilrechts.

1. Kapitel.

Die Behandlung unerwachsener Personen.

§ 1. Nach deutschem Recht im BGB., Strafgesetzbuch und Jugendgerichtsgesetz.

Die Eigenschaften des Menschen, die die natürliche Grundlage seiner Handlungsfähigkeit bilden, sind ihm nicht angeboren, sondern entwickeln sich allmählich im Laufe seines Lebens. So teilt denn auch die Rechtsordnung im Einklang mit der allmählichen körperlichen und geistigen Entwicklung des Menschen seine Lebenszeit in verschiedene Perioden, deren wichtigste mit eintretender Volljährigkeit erreicht ist, um dann nur mehr geringfügigeren Aenderungen unterworfen zu sein. Infolge seines noch nicht gefestigten Charakters, eines anders gearteten Empfindungslebens, seiner mangelnden geistigen Durchbildung, seiner größtenteils instinktiven Handlungsweise, ist das Kind anders anzusehen als der ausgereifte Mensch. Dies wurde frühzeitig erkannt, und die ältesten uns überlieferten Rechte haben bereits dem Minderjährigen eine dem Volljährigen gegenüber günstigere Stellung eingeräumt, um ihn vor den Gefahren zu schützen, welche ihm infolge seiner noch nicht ausgereiften Verstandeskräfte, seiner mangelnden Geschäftsgewandtheit und Lebenserfahrung im Geschäftsverkehre drohen.

So war im römischen Recht Ausgangspunkt die pubertas, d. h. Mündigkeit, die bei Mädchen mit dem vollendeten 12. Lebensjahre, bei Knaben in älterer republikanischer Zeit mit der sumptio togae virilis zwischen dem 14. und 16. Lebensjahr, späterhin nach sabianischer Ansicht mit der durch Augenschein festzustellenden Geschlechtsreife eintrat, während die prokulianische, späterhin von Justinian adoptierte Ansicht die Pubertät mit dem zurückgelegten 14. Lebensjahr eintreten ließ[1]). Mit dem Eintritt der Pubertät wurde die volle Handlungsfähigkeit erworben. Während im älteren römischen Recht die pubertas den alleinigen rechtlichen Unterschied begründete, wurden allmählich die impuberes, d. s. die Nichtmündigen, in die infantes, deren Altersgrenze auf das zurückgelegte 7. Lebensjahr festgesetzt wurde und die impuberes infantiae maiores, das sind die Kinder von der Vollendung des 7. Lebensjahres bis zur Erlangung der Geschlechtsreife, eingeteilt. Man unterschied also zunächst die beiden Gruppen der impuberes und die der puberes, bis durch die lex Plaetoria um 184 n. Chr. den Personen bis zum vollendeten 25. Lebensjahr wegen ihrer Geschäftsunerfahrenheit ein besonderer Schutz und die Möglichkeit der Bestellung eines curator generalis für ihre Vermögensverwaltung gegeben wurde.

[1]) Eckart: Ueber die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, S. 6.

Deliktsfähigkeit besaßen die puberes und die sogenannten pubertati proximi, d. s. diejenigen impuberes, die an geistiger Reife den puberes nahestanden; es kam also darauf an, ob sie doli vel culpae capaces, d. h. ob sie die Verantwortlichkeit zu erkennen reif waren. Die impuberes infantiae maiores waren bedingt deliktsfähig und die impuberes als geschäftsunfähige Menschen deliktsunfähig. Das römische Recht mit seiner Scheidung zwischen impuberes und puberes, der verschiedentlichen Behandlung beider wird aber den heutigen Verhältnissen wegen seiner Kompliziertheit wenig gerecht.

Auch das BGB. unterscheidet in dieser Weise eine Reihe von Altersstufen und stellt es zunächst auf die Geschäftsfähigkeit ab. Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit eines Menschen zu selbständigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen. Das Gesetzbuch unterscheidet Geschäftsunfähigkeit, beschränkte Geschäftsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, sagt allerdings nicht, wer die Geschäftsfähigkeit besitzt, sondern wem sie fehlt, und wer in ihr beschränkt ist, bestimmt also im Gegensatz zum normalen, mit voller Geschäftsfähigkeit ausgestatteten Menschen, fest abgegrenzte Kategorien von Menschen, deren Willen bei Vornahme von Rechtsgeschäften gar nicht oder nicht voll anerkannt wird. Die Geschäftsfähigkeit, wie ihr Fehlen und ihre Beschränkung stellt sich als rechtliche Eigenschaft des Menschen dar, welche auf zwingendem Rechtssatze beruht[2]). Die Lehre von der Geschäftsfähigkeit hat es zu tun mit einem Schutz zweifacher Natur: er ist einmal ein negativer insofern, als er dem nicht oder nicht voll Geschäftsfähigen die Möglichkeit der Verschlechterung seiner Rechtsposition nimmt, andererseits ist er insofern positiver Natur, als er dritten Personen die Möglichkeit gibt, für die betreffende Person zu sorgen, für sie Erklärungen entgegenzunehmen und abzugeben. Bei den Geschäftsunfähigen geht das BGB. sogar noch über den Gedanken des Schutzprinzips hinaus, da Geschäftsunfähige nicht imstande sind, Schenkungen rechtsgültig anzunehmen. Das BGB. gelangt also zu einer vollständigen Ignorierung der rechtlichen Persönlichkeit[3]). Zu der anderen Kategorie von Personen gehören vor allen Dingen diejenigen Minderjährigen, welche das 7. Lebensjahr bereits vollendet haben. Sie werden in den §§ 107—113 BGB. „Minderjährige" schlechthin genannt. § 107 gibt in großem Zuge als Einleitungsparagraph für die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger den Grundgedanken an, der den Gesetzgeber bei der Regelung der Rechtsverhältnisse Minderjähriger geleitet hat. Minderjährige sind zwar willenskräftig, besitzen aber nicht denjenigen Grad geistiger Reife und geschäftlicher Erfahrung, welcher erforderlich ist, um im Rechtsverkehr selbständig handelnd auftreten zu können[4]).

Wo für diesen Minderjährigen ein Schutz erforderlich ist, bedarf er zur Abgabe von Willenserklärungen, durch die er nicht lediglich einen

---

[2]) v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, S. 334.

[3]) Breit: Die Geschäftsfähigkeit, S. 19.

[4]) Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, I, S. 131.

rechtlichen Vorteil hat, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Etwas freier ist er auf Grund des sogenannten Taschengeldparagraphen (§ 110 BGB.) gestellt. Aehnlich wie für die rechtsgeschäftliche Willensfähigkeit in den §§ 104 ff. zieht das Gesetz die Grenzen der Willensfähigkeit in den §§ 827, 828 BGB., indem es den Schädiger, der das 7. Lebensjahr nicht vollendet hat, für nicht verantwortlich erklärt; d. h. das noch nicht 7 jährige Kind ist für einen solchen Schaden, den es durch eine unerlaubte Handlung einem Anderen zufügt, nicht verantwortlich und darum gegen nachteilige Folgen seines Handelns geschützt. Der äußere Grund dieser Sonderbestimmung liegt in dem Umstande, daß es schlechterdings unmöglich erscheint, das Kind davon abzuhalten, einem anderen Menschen durch sein Handeln Schaden zuzufügen; es könnte dies nur verhindert werden durch eine allgemeine Ueberwachung strengster Art, welche ihrerseits wieder der Entwicklung des Kindes schädlich sein könnte[5]).

Derjenige, der das 7. Lebensjahr, aber nicht das 18. vollendet hat, soll dann nicht verantwortlich sein, wenn er bei Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat. Die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen bezeichnet man kurz mit Deliktsfähigkeit.

Die für die strafrechtliche Schuldfähigkeit in den §§ 55 und 56 StGB. festgesetzten Altersgrenzen wichen von denen des BGB. ab; der Täter konnte nicht strafrechtlich verfolgt werden, wenn er bei Begehung der Tat nicht das 12. Lebensjahr vollendet hatte. § 55 StGB. war in erster Linie eine prozessuale Vorschrift, er begnügte sich mit der Feststellung, daß die noch nicht 12 Jahre alten Kinder wegen Begehung einer strafbaren Handlung nicht verfolgt werden konnten. Welcher Grund den Gesetzgeber zu dieser Maßnahme veranlaßt hatte, verschwieg das Gesetz; man hat in Wissenschaft und Praxis hierzu Stellung genommen: Frank[6]) vertrat den Standpunkt, § 55 StGB. stelle einen Schuldausschließungsgrund wegen fehlender Zurechnungsfähigkeit dar, die andere Ansicht sah § 55 StGB. als persönlichen Strafausschließungsgrund an und wurde hauptsächlich vom Reichsgericht vertreten[7]).

Hatte jemand das 12. Lebensjahr, aber nicht das 18. vollendet, so mußte das Gericht diesen wegen seiner Tat freisprechen, wenn festgestellt wurde, daß der Täter die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besessen hatte.

Das Jugendgerichtsgesetz hat 1923 durch den § 47 die §§ 55—57 StGB. aufgehoben und durch den 1. Abschnitt dieses Gesetzes ersetzt. Es befaßt sich hauptsächlich mit dem bedingt strafmündigen Täter, gemäß § 1 J.G.G. mit den jugendlichen Personen von 14—18 Jahren. Bis zum 14. Lebensjahr ist Bestrafung schlechthin ausgeschlossen (§ 2 J.G.G.). Wer 14 Jahre alt, aber das 18. Lebensjahr noch nicht

---

[5]) so mit Recht Dittenberger: Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, S. 65.

[6]) Frank: Kommentar zum Strafgesetzbuch, zu § 55 StGB.

[7]) RG. 50, S. 199; 53, S. 86.

erreicht hat, ist nicht zu bestrafen, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche seiner Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen. (§ 3).

Wir sehen, daß zur Zeit demnach erhebliche Unterschiede zwischen der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Behandlung unerwachsener Personen bestehen.

§ 2. Nach ausländischem Recht.

Interessant erscheint ein kurzer Vergleich mit ausländischem Recht. Für diesen Vergleich seien Oesterreich und England sowohl mit der zivilrechtlichen als auch strafrechtlichen Behandlung der Minderjährigen herausgegriffen. Oesterreich, weil es die Behandlung Jugendlicher ähnlich regelt wie wir; England, weil dort den Jugendlichen eine gänzlich andere Behandlung zuteil wird als bei uns.

Während nach dem österreichischen ABGB. für die Volljährigkeit die Vollendung des 24. Lebensjahres gefordert wurde, ist durch das Gesetz vom 12. II. 1919 das Alter für die Volljährigkeit auf das vollendete 21. Lebensjahr festgesetzt worden. Es wird wie bei uns zwischen Volljährigkeit und Minderjährigkeit unterschieden. Innerhalb der Minderjährigkeit sind 3 Altersstufen zu unterscheiden: das Kindesalter bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres ist die Zeit der vollständigen Handlungsunfähigkeit, die Zeit bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres die Zeit der Unmündigkeit. Sie gewährt unvollkommene Handlungs- und Deliktsfähigkeit. Die Mündigkeit tritt mit dem vollendeten 14. Lebensjahre ein. Der Mündige kann dann ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eine Stellung annehmen, über das durch eigenen Fleiß Erworbene oder Empfangene frei verfügen und sich verpflichten und mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters heiraten.

Was die strafrechtliche Behandlung anbetrifft, so überweist das österreichische Strafgesetzbuch vom 27. V. 1852 strafbare Handlungen in der Kindheit, d. h. bis zum 10. Lebensjahr nach § 237 nur der häuslichen Züchtigung. Die Zeit vom 10.—14. Lebensjahr wird als die Zeit der Strafunmündigkeit bezeichnet. Doch tritt bereits mit dem vollendeten 10. Lebensjahre für Verbrechen Strafe ein, für die anderen Gattungen strafbarer Handlungen mit dem vollendeten 14. Lebensjahr. Die vom 10. bis 14. Lebensjahr begangenen Verbrechen werden aber nur als Uebertretungen behandelt. Vom 14. bis 20. Lebensjahr tritt für alle Straftaten volle Zurechnungsfähigkeit ein, und eine etwa gebotene Strafmilderung wird dem richterlichen Ermessen überlassen[8]).

Nach englischem Rechte wird zunächst grundsätzlich nur zwischen Minderjährigen und Volljährigen (infants and persons of full age) unterschieden. Zwischenstufen wie bei uns von der Geburt bis zum Eintritt der Volljährigkeit bestehen für die meisten Zwecke nicht. Eine

---

[8]) vgl. hierzu von Lilienthal: Jugendliches Alter. Allgemeiner Teil. S. 134—139.

Ausnahme von diesem Prinzip bildet die Vorschrift, daß der 14 jährige männliche Minderjährige und die 12 jährige weibliche Minderjährige ehemündig sind. Eine Volljährigkeitserklärung i. S. unseres bürgerlichen Gesetzbuches ist ebenfalls unbekannt. Für die strafrechtliche Behandlung der Minderjährigen gilt der Grundsatz, daß die Minderjährigkeit des Verbrechers keinen Grund für Straffreiheit oder Strafmilderung bildet. Allerdings kann ein Kind unter 7 Jahren für seine Handlungen nicht strafrechtlich verantwortlich gemacht werden. Bei den Minderjährigen zwischen 7 und 14 Jahren besteht die „prima facie invidence", daß der Minderjährige bei Begehung der Tat nicht die nötige Einsicht gehabt hat. Diese „prima facie invidence" kann aber durch den Nachweis der vorhandenen Einsicht widerlegt werden, und es kann dann jegliche Strafe, selbst die Todesstrafe, verhängt werden. Für Verbrecher über 14 Jahren kommt die Minderjährigkeit überhaupt nicht mehr strafmildernd in Betracht.

Während das österreichische Recht im allgemeinen die Grundzüge des deutschen Rechts verfolgt, sehen wir bei der Behandlung des Minderjährigen nach englischem Recht den großen Unterschied zwischen englischem und deutschem Recht. In zivilrechtlicher Beziehung zeichnet sich das englische Recht durch große Einfachheit aus, was durch den Unterschied der beiden Gruppen bedingt ist, in strafrechtlicher Beziehung geht es jedoch mit außerordentlicher Schärfe vor.

2. Kapitel.

Verschulden und Verschuldensarten.

Ueberall, wo die Frage einer Verantwortung für einen Erfolg auftaucht, entsteht die Frage nach dem Verschulden oder der Schuld eines Menschen. Naturgemäß fragt man sich hierbei, was unter Verschulden zu verstehen ist. Zwar bedienen wir uns dieses Ausdrucks auch im täglichen Sprachgebrauch, legen ihm aber die mannigfaltigste Bedeutung zu; einmal sprechen wir von Schuld tilgen, und meinen damit die Zahlung einer Geldschuld; das andere Mal verstehen wir unter Schuld ein Unrecht, das zu sühnen ist, und schließlich gebrauchen wir diesen Ausdruck in der Form „schuld an etwas sein" d. h. soviel wie verursachen. Auch das Gesetz bedient sich dieses Ausdrucks, ohne jedoch eine nähere Begriffsbestimmung dafür zu geben. Am häufigsten tritt uns das Verschulden als Grundlage für eine Schadensersatzpflicht entgegen. Der objektive Tatbestand der Schadensersatzpflicht umfaßt außer der Handlung und dem adaequat verursachten Erfolge die objektive Rechtswidrigkeit, wobei wir als Rechtswidrigkeit jedes Verhalten bezeichnen, das dem Sinn und Zweck der durch eine Rechtsordnung gegebenen Normen nicht entspricht. Zu dieser objektiven Rechtswidrigkeit kommt aber noch die subjektive Seite, das Verschulden. Nur wenn diese Seite erfüllt ist, verknüpft das Gesetz mit dem Verschulden die Schadenshaftung (§ 823, § 992 BGB.). Das gesamte Rechtssystem ist vom Verschuldensprinzip beherrscht, von wenigen Ausnahmen abgesehen, die zum sogenannten Veranlassungsprinzip gehören. Zu einer allgemein anerkannten Begriffsbestimmung des Verschuldens hat das reiche Schrifttum nicht geführt. Als zutreffend dürfte aber folgende Definition zu erachten sein:

Schuld oder Verschulden ist ein Vorwurf, der die Willensbildung eines zurechnungsfähigen Menschen ergreift, die zu einem bestimmten Erfolg ursächlich geworden ist[9]). Und wenn Rümelin[10]) die Schuld als Abweichung einem Normaltypus des Handelns, wie er durch Verkehrssitte und billige Interessenabwägung je nach den einzelnen Situationen verschieden fixiert wird, bestimmt, so sagt er damit dasselbe wie die oben erwähnte Begriffsbestimmung, da die Mißbilligung eines Willens nur nach den Umständen des einzelnen Falles d. h. also nach der Verkehrssitte erfolgen wird. Bei dem Schuldbegriff kommt es hiernach auf die Willensqualität an, und was das normative Element des Verschuldens anbetrifft, so wird in den meisten Fällen objektiv die Rechtswidrigkeit des Verhaltens die Verletzung einer Rechtspflicht vorausge-

---

[9]) So auch Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Vorbem. zu § 275, B I 1; Franzmann: Das Verschulden im Zivil- und Strafrecht, S. 37.

[10]) Rümelin: Verschulden im Straf- und Zivilrecht, S. 36 ff.

setzt; allerdings handelt es sich nicht überall um den Verstoß gegen eine Rechtspflicht, man spricht auch von sittlichem Verschulden. Darauf komme ich jedoch später zurück. Je nachdem nun die Willenshaltung eines schuldhaft Handelnden dem Grade nach eine Mißbilligung verdient, unterscheidet sich das Verschulden durch verschiedene Arten. — Im Gegensatz zu der Fahrlässigkeit, für die uns der Gesetzgeber eine authentische Definition bietet, schweigt er über den Begriff des Vorsatzes vollkommen. Auch hier sind wir, ähnlich wie bei dem Begriff des Verschuldens genötigt, ohne ein gesetzliches Hilfsmittel den Begriff des Vorsatzes zu entwickeln und mit Unterstützung der Judikatur und Literatur unter Zuhilfenahme der Materialien seine Bedeutung festzustellen. Vorsätzlich handelt zunächst einmal der, der sich vorsetzt, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, der sich also einen Erfolg vorgestellt hat. Ob zu dieser Voraussicht auch das Wollen des Erfolges hinzukommen muß, ist die Streitfrage zwischen zwei Ansichten geworden. Die Anhänger der sogenannten „Vorstellungstheorie" stellen es allein auf die Voraussicht des Erfolges ab, während die Anhänger der „Willenstheorie" verlangen, daß zu dieser Voraussicht des Erfolges auch das Wollen des Erfolges hinzukomme. Eine Stellungnahme zu diesen beiden Ansichten erübrigt sich hier, da diese Frage schon von den verschiedensten Autoren behandelt worden ist. Herrschende Meinung ist aber die der Anhänger der Willenstheorie, wonach nicht allein das Wissen genügt, sondern der Wille hinzukommen muß, der sich auf den Erfolg richtet. Daß diese Ansicht die richtige sein und der Begriff des Vorsatzes im BGB. auch so gemeint sein muß, kann schon aus den Motiven[11]) entnommen werden: „Die aus Vornahme einer Handlung oder Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Willensbestimmung bezeichnet der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem StGB. als Vorsatz; vorsätzlich ist somit gleichbedeutend mit wissentlich und willentlich."

Von Liszt[12]) behauptet dagegen, das BGB. habe sich von vorne herein auf den Standpunkt gestellt, daß die Voraussicht des Erfolges genüge für den Begriff des Vorsatzes im BGB. Die Motive allein gäben keine genaue Definition für den Vorsatz, da nicht ersichtlich sei, ob der Vorsatz auf die Willensbetätigung oder auf den Erfolg bezogen werden müsse.

Diese Ansicht ist jedoch verfehlt, da die Motive ausdrücklich von der Willensbestimmung sprechen, die sich auf Vornahme einer Handlung oder Herbeiführung eines Erfolgs richtet. Handlung ist aber doch gleich Willensbetätigung.

Wenn Staudinger[13]) sagt, daß ein praktischer Unterschied zwischen Vorstellungs- und Willenstheorie nicht besteht, und sich dabei auf Frank[14]) beruft, der als Anhänger der Vorstellungstheorie den Vorsatz als Seelenzustand bezeichnet, bei dem sich der Täter durch die vorhandene Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden oder

---

[11]) Motive I, S. 280.
[12]) v. Lißt: Die Deliktsobligationen im System des BGB., S. 54.
[13]) Staudinger: a.a.O. Vorbem. zu § 276 B I 2.
[14]) Frank: a.a.O., Bem. I zu § 59 St.GB.

die Strafbarkeit erhöhenden Tatumstände vom Handeln nicht abhalten läßt, so ist ihm zuzustimmen, wenn er sagt: „Also ist der Vorsatz das Wollen der Handlung trotz Kenntnis der zu vertretenden Umstände.“ Jedenfalls steht für uns fest, daß der Vorsatzbegriff des BGB. zunächst die Vorstellung, dann aber auch den Willen, des Erfolges seitens des Täters erfassen muß. Mit dem zivilrechtlichen Vorsatz ist immer eine Mißbilligung verbunden, die den vorsätzlich Handelnden betrifft, und deshalb finden wir den Ausdruck „Vorsatz“ im Gesetz immer nur da, wo ein rechts- oder pflichtwidriger Erfolg durch den Handelnden verursacht wurde. In dieser Rechts- oder Pflichtwidrigkeit liegt auch das normative Element des Vorsatzes[15]).

Ob der Täter sich der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit bewußt sein muß, ist zwar bestritten, aber zu bejahen, da jemand vorsätzlich nur handeln kann, wenn er das Bewußtsein hatte, nicht so handeln zu dürfen[16]). Der Täter braucht zwar nicht genau die Rechtsnorm zu kennen, gegen die er verstößt, sondern es genügt das Bewußtsein, daß er in die Rechtssphäre eines Dritten eingreift. Von Vorsatz kann aber nie die Rede sein, wo das Kennen allein für die Rechtswirkung genügt, denn Kennen und Vorsatz können nicht gleich behandelt werden, weil das Kennen und Wissen immer nur einen Bestandteil des Vorsatzes ausmacht, und dieser ja erst vorliegt, wenn trotz des Kennens noch eine Willensbetätigung vorgenommen wird. Im übrigen begegnet der Begriff „Kennen“ sehr oft in Angelegenheiten, die gar nichts mit Verschulden oder Haftung und dergleichen zu tun haben.

Für den Begriff der Fahrlässigkeit ist in § 276 BGB. eine Definition gegeben: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt“, wobei wir uns hier vorläufig einer weiteren Auslegung der einzelnen Begriffsmerkmale nicht unterziehen, sondern später in Verbindung mit „der zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht“ in § 828 BGB. darauf zurückkommen wollen.

Die Untersuchung des Verschuldensbegriffes im BGB. hat dazu geführt, daß Verschulden ein Vorwurf ist, der die Willensbildung eines zurechnungsfähigen Menschen ergreift, die zu einem bestimmten Erfolg ursächlich geworden ist. Zu der psychologischen Seite des Begriffes der Willensbildung gehört ein normativer Bestandteil; „durch den die Abweichung von dem bezeichnet wird, was man auf Grund von rechtlichen oder sittlichen Normen von dem Täter erwartete“[17]). Das normative Element findet sich auch bei dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit wieder. Das psychologische Element ist allerdings bei beiden dem Grade nach verschieden: Vorsätzlich handelt derjenige, der die Handlung will trotz Kenntnis der zu vertretenden Umstände; Fahrlässigkeit tritt da ein, wo der Täter die Möglichkeit des Erfolges voraussah, aber hoffte, er werde nicht eintreten, bzw. den Erfolg nicht vorhersah, obwohl er ihn hätte voraussehen können.

---

15) Franzmann: a.a.O., S. 41.
16) RG. 74, S. 4 hat diesen Grundsatz ebenfalls ausgesprochen.
17) Franzmann: a.a.O., S. 57.

3. Kapitel.

Verschulden und Verantwortlichkeit der Jugendlichen nach § 828.

§ 1. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht.

Nach diesen kurzen Ausführungen, die das Wesentlichste vom Verschulden mit seinen Arten Vorsatz und Fahrlässigkeit bringen sollten, taucht nun für unser Problem die interessierende Frage auf, wie sich das Verhältnis zwischen Verschulden und Verantwortlichkeit darstellt und die Verschuldensfähigkeit bei den Jugendlichen zu betrachten ist. § 828 BGB. lautet: „Wer nicht das 7. Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem andern zufügt, nicht verantwortlich; wer das 7., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat."

Ob hierbei auf die geistige oder sittliche Reife abgestellt werden muß, ist durch das Reichsgericht entschieden worden[18]). Die Bestimmung des § 828 BGB. (Abs. 2) ist entstanden im Anschluß an die §§ 56, 57 StGB.[19]); an die Stelle der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht dort, ist im BGB. die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht getreten. Wie die Erkenntnis der Strafbarkeit die beiden Momente umfaßt, daß der Täter sich der Pflicht bewußt ist, die bestimmte Handlung, die er begeht, zu unterlassen, und daß er zugleich erkennt, daß er sich durch ihre Begehung einer kriminellen Strafe aussetzt, so erschöpft sich auch die Erkenntnis der Verantwortlichkeit, wie schon aus der Bedeutung des Wortes erhellt, nicht in dem Bewußtsein des Unrechts, des widerrechtlichen Eingreifens in eine fremde Rechtssphäre[20]); sie erfordert vielmehr auch ein Verständnis der Pflicht, für die Folgen der Handlung einzustehen, die Erkenntnis der Pflichten, welche das Zusammenleben der Menschen im Staate dem einzelnen auferlegt[21]), nicht nur in der Richtung der Unterlassung der Handlung, sondern auch in der Richtung der Zu-

---

18) RG. 53, S. 159.

19) vgl. Motive II, S. 733.

20) Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bem. 2a zu § 828 BGB.

21) vgl. Protokolle der 2. Lesung des Entwurfes des BGB., Band II, S. 583.

rückwirkung ihrer Folgen auf den Handelnden. Die Erkenntnis der Verantwortlichkeit deckt sich daher nicht mit der Gefährlichkeit der Handlung, aber auch nicht mit der Erkenntnis des dem Mitmenschen zugefügten Unrechts, sie geht vielmehr über beide hinaus. Die in dem Begriffe der Erkenntnis der Verantwortlichkeit enthaltene Erkenntnis des Unrechts setzt in vielen Fällen die Erkenntnis der Gefährlichkeit der Handlung voraus. Insbesondere ist bei Fahrlässigkeitsdelikten die erste Erkenntnis ohne die letztere nicht denkbar. Nicht erfordert wird für die Zurechnungsfähigkeit des Täters die Erkenntnis der Verantwortlichkeit selbst; verlangt wird nur die zu dieser Erkenntnis und den in ihr mitenthaltenen Erkenntnismomenten erforderliche Einsicht, d. i. die geistige Reife, die den Handelnden befähigt, die im Gesetze vorausgesetzte Erkenntnis zu erlangen. Daher bezeichnet das Reichsgericht[22]) in Erweiterung der in dem Urteile des erkennenden Senates vom 3. 2. 02, Band 51 Seite 30 gegebenen Ausführungen die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht als diejenige geistige Entwicklung, die den Handelnden in den Stand setzt, das Unrecht seiner Handlung gegenüber dem Mitmenschen und zugleich die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die Folgen seiner Handlung selbst einstehen zu müssen[23]). Ich komme später darauf zurück, ob hier dem Reichsgericht in allen Punkten recht zu geben ist.

Sehen wir uns § 828 BGB. näher an, so fällt uns auf, daß bei den Minderjährigen i. S. des Absatzes 2 und den Taubstummen ein individueller Maßstab angelegt worden ist, und mit Recht fragt Oertmann[24]), ob die Prüfung der individuellen Entwicklung bei der Verantwortlichkeit des Schuldners gegenüber seinem Gläubiger, soweit ersterer i. S. des § 828 minderjährig ist, nicht eine Ausnahme im Gesetz bedeute, zumal auch in § 276 BGB. bei dem Begriffe der Fahrlässigkeit bzgl. der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ein objektiver Maßstab angelegt werden müsse. Bei der verantwortlich machenden Fahrlässigkeit könne aber kein individueller Maßstab angelegt werden. Die Individualisten mit ihrer subjektiven Theorie wollen bei dem einzelnen zu beurteilenden Menschen feststellen, ob von ihm erwartet werden kann, daß er die Folgen seines Handelns vorhersah und darum den Erfolg bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte vermeiden können, während die sogenannte objektive Theorie den persönlichen Eigenschaften nur insofern Bedeutung beimißt, als der einzelne sich in eine Gattung seiner Art einreihen läßt und an einem Durchschnittsmenschen derselben gemessen werden kann.

Um das Verhältnis der §§ 827, 828 BGB. zu diesen beiden Theorien klarzustellen, ist es erforderlich, daß ich etwas zurückgreife und mich erst, wie schon angekündigt, dem Begriff der Fahrlässigkeit zu-

---

22) RG. 53, S. 160.

23) vgl. auch Binding: Normen, Band II, 1. Hälfte, S. 223: Die Einsicht, die nötig ist, um sich als Mitglied einer Rechtsordnung zu bezeichnen, das für seine Handlungen aufzukommen hat.

24) Oertmann, Band II, S. 156.

wende, da an Hand des Begriffes „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" die beiden Ansichten aufgekommen sind, und vor allem die Anhänger der objektiven Theorie die §§ 827, 828 BGB. als Stützpunkt für ihre Theorie mitansehen. Zunächst ist aus den Protokollen[25]) zu entnehmen, daß der Maßstab in § 276 BGB. ein objektiver sein soll; denn hier wird erwähnt: „Es kann nicht gefordert werden, daß in jedem einzelnen Falle diejenige Sorgfalt angewandt wird, welche erforderlich ist, um die für den konkreten Fall drohende besondere Gefahr abzuwenden. Vielmehr kommt es darauf an, welches Maß von Sorgfalt der gesunde und normale Verkehr im allgemeinen für erforderlich hält".

Weyl[26]) weist mit folgenden Worten auf die Anlegung eines objektiven Maßstabes hin: „Alles das muß außer Betracht bleiben, was dem einzelnen Individuum an besonderen Geistes-, Charakter-, Gemüts- und Körperanlagen anhaftet und es von anderen Individuen und auch von deren Durchschnitt vorteilig oder nachteilig unterscheidet. Die besondere Pedanterie und Aengstlichkeit, der besondere Leichtsinn und Wagemut, das besonders scharfe oder schwache Auge und Ohr, die besonders feine oder stumpfe Nase und Zunge dürfen zur Abmessung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" nicht in Anrechnung gebracht werden. Denn das hieße für jeden Menschen eine besondere Skala entwerfen und jeglichen übergeordneten allgemeinen Gesichtspunkt aufgeben; und auf solchen drängt uns doch nicht bloß unser Gerechtigkeitsgefühl, sondern auch die gesetzliche Definition selber durch ihre gänzliche Stillschweigung über solche Berücksichtigung des Wesens der Einzelperson."

Das Anlegen eines objektiven Maßstabes ist sowohl von der herrschenden Lehre[27]), wie auch von der Rechtsprechung vertreten worden. Es erscheint daher auf den ersten Blick, als ob das Anlegen des individuellen Maßstabes in § 828 BGB. tatsächlich eine Ausnahme im Gesetz bedeutet. Und doch sind gegen diese Ansicht Bedenken zu erheben, und hier und da ist auch die Neigung hervorgetreten, bei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eine Einteilung nach einzelnen Gruppen von Menschen vorzunehmen. Denn unbeschadet des objektiven Grundsatzes kann doch unter Umständen das jugendliche Alter von Bedeutung für die Frage der Fahrlässigkeit sein, auch dann, wenn der Täter die im § 828 BGB. bestimmte Einsicht besitzen würde. Die Festhaltung am objektiven Maßstab kann nicht dazu führen, daß alle Menschen in allen Lebenslagen der gleichen Beurteilung unterliegen. Die typische Verschiedenheit ganzer Gruppen von Menschen nach Alter, Bildung, Lebensstellung usw. führt notwendig zu einer Verschiedenheit des gemeinsamen Maßstabes. So beachte man denn auch die Reichsgerichtsentscheidung im 68. Band Seite 423: „Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt des § 276 BGB. ist ein allgemeines Normalmaß der von einem ordentlichen

---

25) Protokolle I, S. 187.

26) Weyl: System der Verschuldensbegriffe im BGB., S. 117.

27) u. a. Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, 1, S. 555; Leonhard: Besonderes Schuldrecht, S. 35 ff.; von Lißt: Deliktsobligationen, S. 55; Staudinger: a.a.O. Vorbem. zu § 275 B I 2; Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, zu § 276 II c.

Menschen in dem konkreten Verhältnis des Verkehrs anzuwendenden Sorgfalt; dieses gestattet zwar die Berücksichtigung der Verschiedenheit gewisser Gruppen von Menschen bei der Feststellung der jeweilig anzuwendenden Sorgfalt, nicht aber die der Individualität des einzelnen Menschen".

Das Reichsgericht will also in dieser Entscheidung einen objektiven Maßstab anlegen, gestattet aber die Einteilung nach Gruppen von Menschen, d. h. von einer Gruppe von Menschen kann man also eine andere Anspannung des Willens verlangen als von der anderen.

Auch Linckelmann[28]) hat die Frage aufgeworfen, welcher Maßstab anzulegen sei bei der Voraussehbarkeit des Erfolges. Seine Antwort lautet: „Die Beurteilung erfolgt nach einem allgemeinen Maßstab. Aber auch hier wird man erkennen, daß es ungerecht erscheint, die geistigen und körperlichen Fähigkeiten nach einem bestimmten Durchschnittsmaß, nach einem objektiven Maß zu beurteilen".

Die objektive Theorie gerät hier also mit ihrer Grundanschauung notwendig in Widerspruch. Man wird eine Gruppeneinteilung vornehmen müssen, denn eine Beurteilung des Individuums ist nicht möglich, ohne die besonderen Eigenschaften zu berücksichtigen. Mit der Einteilung in Gruppen von Menschen glaubt man bei dem objektiven Maßstab zu bleiben, und doch läßt sich nicht leugnen, daß man sich durch Einteilung nach Beruf, Alter, Geschlecht etc. sehr stark der sogenannten subjektiven Theorie nähert. Auch das Reichsgericht[29]) ist dazu übergegangen, die verschiedensten Eigenschaften der Menschen in seinen Entscheidungen zu berücksichtigen, und daß es die Protokolle[30]) bei der Fahrlässigkeit nicht ganz allgemein auf das Anlegen eines objektiven Maßstabes abgesehen haben, geht daraus hervor, daß darauf hingewiesen wird, „daß der zwar unentbehrliche objektive Maßstab es nicht ausschließe, im Einzelfall auch individuelle Momente zu würdigen".

Richtig erscheint mir daher, bei der Fahrlässigkeit bzgl. der Sorgfalt einen objektiven Maßstab anzulegen[31]); aber bei der Voraussehbarkeit des Erfolges wird man nicht umhinkönnen, individuelle Verhältnisse zu berücksichtigen.

Damit wird aber auch das Verhältnis der §§ 827, 828 BGB. zu den beiden Theorien klargestellt. Ueber die §§ 827, 828 BGB. stehen sich bekanntlich zwei Anschauungen gegenüber. Während die herrschende Lehre[32]) die Ansicht vertritt, der Ausschluß der Verantwortlichkeit

---

28) Linckelmann: Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, S. 36 ff.

29) RG. 51, S. 30; 68, S. 423 (siehe zitiert auf Seite 11); RG. in Gruch. Band 55, S. 991; ebenso in Band 65, S. 76.

30) Protokolle I, S. 187.

31) Auch nach dem römischen Recht sollte auf die Sorgfalt eines pater familias, also einen objektiven Maßstab gesehen werden.

32) z. B. Enneccerus: a.a.O. Band I, § 198. Staudinger: a.a.O. Band II, 1 zu § 276. Crome: System des bürgerlichen Rechts, I §§ 109, 111. Träger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, S. 334. Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, S. 160.

in den genannten Paragraphen bedeute nichts anderes wie Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit, und damit der Schuldfähigkeit, wird andererseits die Ansicht vertreten, der Ausschluß der Verantwortlichkeit schließe die Schuldfähigkeit nicht aus[33]). Der Täter könne daher schuldhaft handeln, nur sei er für dieses schuldhafte Handeln nicht verantwortlich. Es sei hier davon abgesehen, welcher Ansicht der Vorzug zu geben ist, da dies im nächsten Abschnitt eingehender zu behandeln ist. Zunächst ist für das individualistische Element in § 828 BGB. zu sagen, daß man bei Vertreten der ersten Ansicht (objektiven Theorie), die den Willen des einzelnen Menschen nicht berücksichtigt, die Fahrlässigkeit nicht als Willensfehler, sondern nur als Verstandesfehler auffassen kann; denn der Handelnde soll dafür einstehen, daß er die Fähigkeit wie ein Durchschnittsmensch seines Verkehrskreises nicht besessen hat. Schon früher habe ich erwähnt, daß schuldhaftes Handeln die Willensbildung eines zurechnungsfähigen Menschen ergreift, die für einen bestimmten Erfolg ursächlich geworden ist. Infolgedessen kann die objektive Theorie mit den §§ 827, 828 BGB. nicht in Einklang gebracht werden. „Warum soll es darauf ankommen, daß der Handelnde generell die Fähigkeit hat, das Unerlaubte seiner Handlung einzusetzen, wenn eine in concreto gegebene Unfähigkeit ihn von dem Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit nicht befreit“[34])?

Auch wenn wir der anderen Ansicht folgen, und die Verantwortlichkeit nicht identisch mit Verschulden ansehen, so ist das Ergebnis dasselbe. Erst wird geprüft, ob der Täter verantwortlich ist; wird dies bejaht, so ist zu untersuchen, ob er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat; dabei muß aber bei dem fahrlässigen Handeln untersucht werden, ob der Erfolg für den Täter voraussehbar war, d. i. die Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeiten[35]). Folglich bilden die §§ 827, 828 BGB. kein Argument dafür, über die Individualität hinweggehen zu müssen.

Auch wenn feststeht, daß bei dem Täter die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht vorhanden war, kann doch die Berücksichtigung des jugendlichen Alters dazu führen, ein fahrlässiges Verhalten zu verneinen. Denn die Verschiedenheit der Menschengruppen führt auch notwendigerweise zu einer Verschiedenheit des Maßstabes für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt; und macht ein Jugendlicher sich über die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ein vielleicht leichtsinniges Urteil, so kann man nicht immer dem Jugendlichen daraus seinen

---

33) Leonhard: Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, in Festgaben für Enneccerus, S. 74. Dittenberger : a.a.O. S. 65.
Pfizer: Das Verschulden eines Kindes unter 7 Jahren, in DJZ. 1904, S. 716.
Weyl: a.a.O. S. 578.
Heinsheimer: Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB., in Ziv. Arch. 95, S. 243.
Planck: a.a.O. § 829 Bem. 2a.

34) Dölle: Empfiehlt es sich, im Zusammenhang mit der kommenden Strafrechtsreform die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu ändern? In Verhandlungen des 34. Juristentages, Band I, S. 115.

35) Heinsheimer: a.a.O. S. 234 ff.

Vorwurf machen. Er ist eben noch kein fertiger Mensch, sondern sein Charakter bedarf noch einer Formung und Festigung. Dem Jugendlichen muß daher zunächst eine starke Führung zur Seite gestellt werden, die auf die Unsicherheit und Leichtfertigkeit des Charakters einwirkt. Diese Führung stellt der heutige Staat den Jugendlichen zur Seite, aber dennoch kommt es bei der Beurteilung eines Jugendlichen auch noch auf sein Alter an. Es kann nicht dasselbe Maß an Umsicht, Besonnenheit und Ueberlegung erwartet werden wie von älteren erfahreren Menschen. Die typische Verschiedenheit dieser Gruppe von Menschen, die wegen ihres jugendlichen Alters für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einen anderen Maßstab verlangt wie für einen Erwachsenen, kann daher zur Verneinung des Vorliegens der Fahrlässigkeit führen.

§ 2. Das Verhältnis der §§ 827, 828 BGB. zu § 829 BGB.

Man streitet ferner darüber, ob die §§ 827, 828 BGB. sich auf die Verschuldensfähigkeit selbst beziehen, oder aber nur auf die Verantwortlichkeit, Haftbarkeit für vorhandenes Verschulden. Das Gesetz spricht nur von „verantwortlich", und Oertmann[36]) glaubt aus diesem Grunde, daß der Täter nicht des Verschuldens selbst für unfähig erklärt würde. „Das Gesetz erwähnt davon nichts, es spricht in beiden Paragraphen nur von nicht verantwortlich, und erwägt zudem in § 829 BGB. die Möglichkeit, daß jemand in einem der in den §§ 823—826 BGB. bezeichneten Fälle auf Grund der §§ 827, 828 BGB. nicht verantwortlich sei. Die Haftung nach den §§ 823—826 BGB. setzt aber bekanntlich unterschiedslos ein subjektives Verschulden voraus, teils eine Fahrlässigkeit, teils einen Vorsatz. Würde es in den Fällen der §§ 827, 828 BGB. an einem Verschulden fehlen, so würden sie schon nach den §§ 823 ff. BGB. folgerecht keine Haftung herbeiführen können".

Oertmann meint auch, wenn das Gesetz statt nur die Verantwortlichkeit die Möglichkeit des Verschuldens ein für alle Mal hätte ausgeschlossen wissen wollen, es sich dabei ganz anders ausgedrückt hätte. Neuerdings hat er[37]) nochmals ausdrücklich betont, daß die Haftungsfreiheit der Kinder und Geisteskranken, die relative der Jugendlichen und Taubstummen, nicht auf dem Fehlen eines Verschuldens, sondern auf dem scharf davon zu scheidenden Mangel einer normalen Willensbestimmung, auf ihrer darauf vom Gesetz aufgebauten Unzurechnungsfähigkeit beruhe.

Krause[38]) ist ebenfalls der Ansicht, nur die Auffassung, die auch den Handlungsunfähigen grundsätzlich eines Verschuldens für fähig hält, würde dem Wortlaut des BGB. gerecht. „Wären die Kinder

---

[36]) Oertmann: Verschuldensfähigkeit, in LZ. 1924, Spalte 249.

[37]) Oertmann: Abgrenzung zwischen Verschuldens- und Erfolgshaftung, in DJZ. 1933, Spalte 748.

[38]) Krause: Eigenes Verschulden Handlungsunfähiger, S. 13.

und Geisteskranken von vorne herein eines subjektiven Unrechts nicht fähig, so könnten sie niemals den Tatbestand erfüllen, von dem das Gesetz in den §§ 823 ff. die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen abhängig macht, nämlich der schuldhaften Rechtsverletzung. Weshalb mußte dann das Gesetz die Verantwortlichkeit für gewisse Fälle erst ausschließen?"

Ebenso sieht Pfizer[39]) durch die §§ 827, 828 BGB. nicht die Möglichkeit eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns verneint. Er ist der Ansicht, wie das Strafgesetzbuch in den §§ 51, 55 bei Kindern und Geisteskranken nicht die Möglichkeit eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns verneint habe, sondern nur die Strafbarkeit ihrer Handlungen, so sprächen auch die §§ 827, 828 BGB. den Kindern und Geisteskranken nur die Verantwortlichkeit für ihre Handlungen ab, soweit sie dadurch anderen Schaden zugefügt hätten, also — kurz gesagt — die Deliktsfähigkeit.

Unter Bezugnahme auf § 829 BGB. glaubt man ebenfalls begründen zu können, daß bei den Unzurechnungsfähigen die Mög- keit vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns bestehe. Nach § 829 BGB. hat derjenige, welcher in einem der in den §§ 823—826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist, gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden zu ersetzen. Da nun die §§ 823—826 BGB. ein objektives wie subjektives Verschulden voraussetzen, sei ganz klar zu entnehmen, daß durch den Hinweis auf die genannten Paragraphen der Täter sowohl des vorsätzlichen wie des fahrlässigen Handelns fähig sei[40]). Eine andere Auslegung würde nach Plancks[41]) Ansicht zu dem unannehmbaren Ergebnis führen, daß die Unzurechnungsfähigkeit in den Grenzen dieser Vorschrift für bloße objektiv widerrechtliche Schadensverursachung, die Zurechnungsfähigkeit dagegen nur für Verschulden haften ließ, oder wie Oertmann[42]) sich ausdrückt: „§ 829 BGB. würde bei anderer Auslegung ein sinnloses privilegium odiosum für die Unzurechnungsfähigen sein".

Andere[43]) schließen sich dieser Ansicht an, und behaupten, zur Anwendung des § 829 BGB. sei ein vorsätzliches oder fahrlässiges Tun des Täters erforderlich; in § 829 BGB. sei kein privilegium odiosum zu sehen, sondern für gewisse Fälle sei das dem Unzurechnungsfähigen in den §§ 827, 828 BGB. gewährte privilegium favorabilium der Unverantwortlichkeit außer Kraft gesetzt.

---

39) Pfizer: a.a.O. in DJZ. 1904, Spalte 715.

40) so Heinsheimer: a.a.O. in Ziv.Arch. Band 95, S. 238; Rümelin: Die Gründe der Schadenszurechnung, S. 68 ff.; Dittenberger: a.a.O. S. 65;

41) Planck: a.a.O. zu § 829 BGB., Bem. 2a.

42) Oertmann: a.a.O. in DJZ. 1933, Spalte 748.

43) Dittenberger: a.a.O. S. 48, 82; Rümelin: Culpahaftung und Kausalhaftung, in Arch.f.d.ziv. Praxis, Band 88, S. 308; Schwartz: Das Billigkeitsurteil des § 829 BGB., S. 14; Krause: a.a.O. S. 14.

Diese Ansichten sind jedoch nicht zu halten und mit der Rechtsordnung nicht vereinbar. Zunächst habe ich bei der allgemeinen Betrachtung des Verschuldens festgestellt, daß das Verschulden einen Vorwurf enthält, der sich auf die Willensbildung des Täters bezieht. Damit aber eine Willensbildung entsteht, ist zunächst doch einmal Voraussetzung, daß derjenige, der einen Willen gebildet haben soll, willensfähig ist, d. h. er muß zurechnungsfähig sein. Wird die Zurechnungsfähigkeit des Täters festgestellt, dann steht auch fest, daß er schuldfähig war, infolgedessen ist er für sein Verhalten verantwortlich. Daher muß man aus § 828 BGB. entnehmen, daß nicht nur die Verantwortlichkeit für ein Verhalten ausgeschlossen sein soll, vielmehr sich diese Verantwortlichkeit auf das Verschulden bezieht und soviel heißt wie „Verantwortung für Verschulden"[44]).

Daß diese Ansicht nur die richtige sein kann, geht aus dem ganzen Grundgedanken des BGB. mit seinem Schutz des Minderjährigen hervor. Es würde ein Widersinn sein, wenn man trotz des § 828 bei einem Kinde unter 7 Jahren ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten in Frage kommen lassen wollte. Wenn nun gegen diese Ansicht von Seiten derer, die § 829 BGB. als Argument für ein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln Unzurechnungsfähiger ansehen, Bedenken erhoben werden, so ist zu sagen, daß in § 276 BGB. nur auf die §§ 827, 828 BGB. verwiesen wird. § 829 BGB. gehört lediglich in die Lehre von den unerlaubten Handlungen und wird deshalb von § 276 nicht erwähnt. Würde man trotz der §§ 827, 828 BGB. die Möglichkeit vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns bei den Jugendlichen unter 7 Jahren annehmen, um ihnen dann nach § 829 BGB. die Schadensersatzpflicht aufzuerlegen, so hätte dies bestimmt im Gesetz eine Erwähnung gefunden. Ein Hinweis darauf, daß trotz der §§ 827, 828 BGB. der Unzurechnungsfähige vorsätzlich oder fahrlässig handeln könne, und dann beim Vorliegen der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen des § 829 BGB. schadensersatzpflichtig sei, fehlt aber vollständig[45]).

Dadurch, daß in dem § 276 BGB. aber nur auf die §§ 827, 828 BGB. hingewiesen wird, wird die Möglichkeit vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens für Geisteskranke, Bewußtlose und Jugendliche unter 7 Jahren verneint, während für Taubstumme und Jugendliche zwischen 7 und 18 Jahren diese Möglichkeit besteht, wenn sie die

---

44) Krückmann: Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung, in Iher. Jahrb. Band 55, S. 2
nimmt in dieser Beziehung einen besonderen Standpunkt ein. Er wendet sich besonders gegen die Ansicht Pfizers. Er gibt zu, daß ein Kind unter 7 Jahren schuldhaft handeln könne. Es frage sich aber hierbei, ob dieses vom allgemein logischen Standpunkt aus zweifellos vorhandene Verschulden auch juristisch als ein solches angesehen werden könne. Dies sei aber nach § 828 unbedenklich zu verneinen. Wenn auch § 828 nur von einem Nichtverantwortlichsein spräche, so stecke darin doch die Anerkennung, daß die Verantwortlichkeit fortfalle, weil es im juristischen Sinn mindestens an einem Verschulden fehle. Das allgemein logisch zweifellos vorhandene Verschulden würde juristisch ignoriert.

45) so auch Franzmann: a.a.O. S. 58.

zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besitzen. Im übrigen kann aus der Entstehungsgeschichte eine Stütze für die oben erwähnte Ansicht gewonnen werden. Die erste Kommission hatte die Aufnahme einer Bestimmung, wonach solchen Personen, welche mangels eines Verschuldens für eine objektiv widerrechtliche Schädigung eines anderen Menschen nicht verantwortlich gemacht werden können, die Verpflichtung zum Schadensersatz auferlegt wurde, in das BGB. abgelehnt, weil sie eine solche Abweichung von dem Verschuldensprinzip nicht für gerechtfertigt erachtet hatte und es namenlich auch für bedenklich hielt, den Richter auf die Billigkeit zu verweisen, ohne ihm irgendeine feste Entscheidungsnorm an die Hand zu geben[46]).

Die zweite Kommission hat dagegen geglaubt, daß es nach der heutigen Volksanschauung geboten sei, in gewissen Fällen einen Ersatzanspruch zu gewähren, auch wenn ein Verschulden ausgeschlossen sei. Man hat dabei in erster Linie den Fall im Auge gehabt, daß eine begüterte Person im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit einer anderen wenig bemittelten Person einen schweren Schaden zufügt. Hier erfordere es die Billigkeit, daß derjenige, welcher den Schaden herbeigeführt habe, den Verletzten entschädige. Die Kommission hat aber die Vorschrift nicht auf diesen Fall beschränkt, sondern folgende allgemeine Bestimmungen in den Entwurf eingestellt: Im § 752 wurde aus Billigkeitsrücksichten im Absatz 1 den Zurechnungsfähigen eine Schadensersatzpflicht auferlegt, selbst wenn sie wegen mangelnden Vorsatzes oder mangelnder Fahrlässigkeit nicht verantwortlich waren. Im Absatz 2 wurde dann dieser Grundsatz auf die Unzurechnungsfähigen für anwendbar erklärt nach den §§ 750, 751, wenn ein aufsichtspflichtiger Dritter zum Ersatz des Schadens nicht belangt werden konnte. Der Bundesrat hat in einer späteren Beratung den Absatz 1 wieder gestrichen; trotzdem kann man aber doch daraus schließen, daß im 2. Entwurf einem Zurechnungsfähigen die gleiche Haftung auferlegt wurde, wie sie heute für die Unzurechnungsfähigen nach § 829 BGB. besteht, indem sogar ausdrücklich der Ausschluß von Vorsatz und Fahrlässigkeit betont wurde. Es wurde also in diesem Entwurf eine Pflicht zum Schadensersatz festgestellt, ohne daß Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorzuliegen brauchten. § 829 BGB. stellt somit eine Durchbrechung des Verschuldensprinzips dar, aber lediglich aus Billigkeitsrücksichten. Damit komme ich aber auch zu dem Ergebnis, daß § 829 BGB. durch den Hinweis auf die §§ 823—826 BGB. nicht objektives und subjektives Verschulden voraussetzen kann, sondern nur den objektiven Tatbestand bei § 823 BGB. die widerrechtliche Verletzung des Lebens usw., bei § 826 BGB. den Verstoß gegen die guten Sitten, und einen dadurch entstandener Schaden — betrifft[47]).

Dieses Ergebnis könnte zwar insofern Bedenken verursachen, als es Unzurechnungsfähigen eine strengere Haftung auferlegt als Zurechnungsfähigen. Letztere haften nur, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig

---

[46]) Motive II, S. 734.
[47]) anders K.v.RGR. zu § 829, Bem. 3.

handeln, erstere sollen unabhängig von ihrer subjektiven Haltung für den Schaden verantwortlich sein.

So betont auch Heinsheimer[48]), es führe zu unbefriedigenden Ergebnissen, wenn man die Unzurechnungsfähigen nach § 829 BGB. haften lasse, ohne Rücksicht darauf, ob sie vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben oder nicht, da dann auch ein Bewußtloser oder ein Mensch im ersten Kindesalter, bei dem noch nicht einmal natürliche Willensfähigkeit vorliege, zum Schadensersatz verpflichtet sei.

Dölle[49]) hat dagegen aber mit Recht hervorgehoben, daß der Haftungsgrund darin gefunden werden müsse, daß der Unzurechnungsfähige in höherem Maße als normale erwachsene Menschen eine Gefahrenquelle sind. Verursachen sie durch ihre Handlungen einen Schaden, so wird er ohne weiteres auf ihre abnorme Individualität zurückgeführt und ihnen zugerechnet, jedoch nur insoweit, als die Billigkeit nach den Umständen des konkreten Verhältnisses es zuläßt. Infolgedessen spielt das psychische Verhalten des Unzurechnungsfähigen keine Rolle. Das BGB. fühlt selbst, daß das Verschuldensprinzip im einzelnen Falle zu unbilliger Härte führen kann. Daher ist § 829 BGB. geschaffen worden. Darin liegt eben der Sinn des § 829 BGB., der die Haftung trotz der Schuldunfähigkeit eintreten läßt lediglich aus Billigkeitsrücksichten, und somit eine begrüßenswerte Durchbrechung des Verschuldensprinzips bildet.

§ 3. Das Verhältnis zu § 254 BGB.

Die praktische Bedeutung der aufgeworfenen Frage beruht besonders in der Anwendbarkeit des § 254 BGB. auf die Jugendlichen. Die in den §§ 827, 828 BGB. bezeichneten Tatbestände haben mit denen des § 254 BGB. — ganz abgesehen von der Gleichheit des Grundes, die noch hinzukommen muß — Aehnlichkeit. In den erstgenannten Bestimmungen sind die Tatbestände gemeint, in denen jemand einem Dritten für den diesem schuldhaft zugefügten Schaden verantwortlich ist. § 254 BGB. betrifft die Fälle, in denen jemand für einen sich selbst mitzugefügten Schaden ganz oder teilweise aufzukommen hat und der Beschädigte gegen den Schädiger den ihm zustehenden Schadensersatzanspruch nicht oder nicht in voller Höhe geltend machen kann.

Man wird natürlich geneigt sein zu sagen, eine Anwendung des § 254 BGB. komme nicht in Frage, wenn man einem Kinde und Geisteskranken die Schuldfähigkeit abspricht. Diese Antwort kann jedoch nicht so leicht hingenommen werden, denn es sind berechtigte Bedenken für und gegen die Anwendung des § 254 BGB. auf die oben erwähnten Personen erhoben worden. Diese Bedenken haften an dem Ausdruck „Verschulden" in § 254 BGB., und es ist daher eine

---

48) Heinsheimer: a.a.O. in Ziv.Arch. Band 95, S. 239 ff.
49) Dölle: a.a.O. in Verhandlungen usw. S. 109.

sorgfältige Prüfung der Bedeutung dieses Wortes vorzunehmen, ob vor allem dieser Ausdruck derselbe ist und denselben Sinn hat, wie der in Kapitel 2 erwähnte Verschuldensbegriff. Schon früher habe ich bei den allgemeinen Betrachtungen darauf hingewiesen, daß gerade bei dem Wort „Verschulden" die verschiedensten Auslegungsarten entstanden sind; auch § 254 BGB. hat stets mit im Mittelpunkt dieser Auslegungen bzgl. seines Wortes „Verschulden" gestanden, und die Ansichten darüber sind sehr geteilt. In Kapitel 2 habe ich erwähnt, daß im Sprachgebrauch dem Wort „Verschulden" auch die Bedeutung „schuld an etwas sein oder verursachen" beigelegt würde. So will denn auch Endemann[50]) den Begriff des Verschuldens in § 254 BGB. als gleichbedeutend mit „verursachen oder schuld an etwas sein" ansehen, indem er darauf hinweist, daß auch sonst das BGB. in geeigneten Fällen von der persönlichen Verkehrsfähigkeit Abstand nehme und dem Wort „Verschulden" die vorher erwähnte Bedeutung beimesse. Ebenso habe auch die Rechtsprechung[51]) beim § 1 des Haftpflichtgesetzes, wenn ein Kind den Unfall verursacht habe, den Gesichtspunkt der höheren Gewalt verwertet, worin von ihm ein Zugeständnis an die von ihm behauptete Notwendigkeit seiner Auslegung gefunden wird[52]).

Würde man der Endemann'schen Ansicht folgen, so würde man auch ein Kind unter 7 Jahren eines mitwirkenden Verschuldens fähig erklären, da dem Ausdruck „Verschulden" in § 254 BGB. die erwähnte Bedeutung beigemessen werden müßte, die mit dem bisher erwähnten Verschuldensbegriffe nichts zu tun hat[53]).

Auch Weyl[54]) behauptet, daß § 254 BGB. nicht mehr im Lichte der eigentlichen compensatio culpae des römischen Rechts zu betrachten sei, sondern als eine Kompensation bzw. richterliche Berücksichtigung der Verursachung, daß also der Ausdruck „Verschulden" im § 254 BGB. mehr im volkstümlichen Sinn von „schuld an etwas sein" verstanden werden müsse. Daß dies auch der Sinn des Gesetzes sei, könne mit Deutlichkeit aus den Protokollen 1, Nr. 45, V, S. 300 entnommen werden, die im Gegensatz zu Entwurf I, § 222 „nicht die Schwere des beiderseitigen Verschuldens, sondern das Kausalverhältnis „als dem" für die Abgrenzung der Ersatzpflicht vorzugsweise maßgebenden Umstand" fixiert wissen wollen.

Daß daraus ein Argument für Verschulden = Verursachen entnommen werden soll, erscheint mir nicht gerechtfertigt, vielmehr ist der Akzent in § 254 BGB. sowohl auf das Wort „Verschulden" als auch auf das Wort „Verursachen" zu legen, und der Sinn des § 254 BGB.

---

[50]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, § 132, Anm. 6.

[51]) Urteil vom 23. III. 1888 in RG. 1, S. 276.

[52]) ebenso Croissant: Eigenes Verschulden und Handlungsunfähigkeit, S. 16: Verschulden ist ein rechtsbildender Begriff, denn er erzeugt immer eine Obligation. Eigenes Verschulden dagegen ist ein rein tatsächlicher Begriff, der lediglich die auf natürlichen Gesetzen beruhende Wechselwirkung zwischen Handlung und Erfolg, also zwischen Ursache und Wirkung andeutet.

[53]) ebenso Crome: a.a.O. § 111.

[54]) Weyl: a.a.O. S. 299.

kann nur der sein, daß denjenigen, der einen Schaden schuldhaft mitverursacht hat, bei der Schadensteilung die Folgen mittreffen sollen[55]). Warum hätte denn das Gesetz in einem Satze sowohl den Ausdruck „Verschulden" als auch den Ausdruck „Verursachen" gebraucht.

Krause[56]) sagt hierzu mit Recht, daß bei Vertreten der Ansicht Verschulden = Verursachen der Vordersatz mit dem Nachsatz des § 254 Abs. 1 BGB. in Widerspruch käme. Jener redet von Verschulden, dieser aber von vorwiegender Verursachung. Daher ist eine Gleichstellung beider Begriffe unmöglich.

Im übrigen läßt sich aus dem Umstande, daß § 254 BGB. von „Mitwirken eines Verschuldens" spricht, zur Interpretation des Verschuldens überhaupt nichts folgern, da auch andere Paragraphen den Ausdruck „Mitwirken" enthalten, aber ganz andere Tatbestände bilden, die mit Verschulden nichts zu tun haben. Infolgedessen sehe ich keinen Grund, das Verschulden in § 254 BGB. in der Bedeutung „Verursachen" anzusehen.

Das Reichsgericht hat auch in mehreren älteren Entscheidungen[57]) den Grundsatz ausgesprochen, daß dem Verschulden in § 254 BGB. nicht die Bedeutung „Verursachen" beigemessen werden könnte, vielmehr für den Begriff des Verschuldens im Sinne des § 254 BGB. die Vorschriften des § 276 BGB. maßgebend seien.

Andere[58]) wieder sehen das eigene Verschulden nicht als ein Verschulden im „eigentlichen" Sinn an, wollen aber für das eigene Verschulden die Begriffsmerkmale des echten Verschuldens zur Anwendung bringen. „Auf den erweiterten Schuldbegriff finden die Begriffsmerkmale des echten Verschuldens im Rechtssinne entsprechende Anwendung. Deshalb muß für das schuldhafte Verhalten des Beschädigten Zurechnungsfähigkeit gefordert werden."

Nun ist aber doch die Frage aufzuwerfen, ob denn der Begriff des Verschuldens in § 254 BGB. als Willensbeziehung zu etwas Rechtswidrigem anzusehen ist, oder ob nicht etwa ein ganz anderer Schuldbegriff hier vorliegt. Franzmann[59]) meint, wenn er die Beziehung zu etwas Rechtswidrigem darstellen solle, so müsse diesem Rechtswidrigen eine Rechtspflicht zugrunde liegen, und es sei daher zu untersuchen, ob dem Vorwurf des eigenen Verschuldens eine Rechtspflicht als Grundlage dienen müsse.

Richtig ist zunächst, daß gewisse Rechtsbeziehungen zwischen dem Beschädigten und dem Schädiger bestehen. Denn mit dem Eintritt des schädigenden Ereignisses entsteht zwischen dem Schädiger und dem Beschädigten ein gesetzliches Schuldverhältnis, kraft dessen der Beschä-

---

55) von Lißt: Die Deliktsobligationen im System des BGB., S. 46. hat dazu zutreffend bemerkt, daß § 254 BGB. genau gefaßt lauten müßte: Hat bei der Entstehung des Schadens eine schuldvolle Handlung des Beschädigten mitgewirkt, . . .

56) Krause: a.a.O. S. 16.

57) RG. 51; S. 275; 54, S. 410; 59, S. 221.

58) z. B. Traeger: a.a.O. S. 329 ff.

59) Franzmann: a.a.O. S. 26.

digte von dem Schädiger den Ersatz seines Schadens verlangen kann[60]. „Aus diesem Verhältnis", so ist die Meinung des Reichsgerichts, „können aber auch für den anderen Teil gewisse „Diligenzpflichten" gegenüber dem Schädiger auferlegt werden, die nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu bemessen sind."

Eine Verletzung dieser Pflichten kann darin bestehen, daß der Beschädigte beispielsweise den entstandenen Schaden vergrößert, und so dem Schädiger größere Kosten auferlegt werden. Mit Recht kann aber bei einem derartigen Verhalten von einer gesetzlich auferlegten Pflicht gesprochen werden. — Andererseits kann aber von einer Rechtspflicht des Beschädigten sich selbst gegenüber keine Rede sein, denn in seiner Rechtssphäre kann jeder tun und lassen was er will[61]. So wird denn auch in der Literatur[62] vielfach der Standpunkt vertreten, es handle sich hierbei um die Verletzung ethischer Pflichten, denn der Ausdruck „Verschulden" in § 254 BGB. enthalte die Mißbilligung eines bestimmten Verhaltens. Es wäre nun ein idealer Zustand, wenn das Recht auch alle sittlichen Gebote übernehmen und sie als Rechtsgebote anerkennen würde. Dies ist jedoch nicht möglich, denn sehr viele sittliche Gebote erfassen den Menschen im Verhältnis zu sich selbst, während doch die Rechtsordnung Normen aufstellt, welche die Beziehungen von Mensch zu Mensch, nicht aber des Menschen zu sich selbst, regeln. Ein Verhalten, das diesen Normen nicht entspricht, bezeichnet man als rechtswidrig. Im übrigen ist der Grundsatz, daß das mitwirkende Verschulden einen Vorwurf gegen die Verletzung ethischer Pflichten enthalte, nicht in dieser Allgemeinheit zu halten, denn die Normen, die verletzt wurden und zum Vorwurf des eigenen Verschuldens geführt haben, brauchen nicht immer auf dem Gebiete der Ethik zu liegen. Vielmehr sagt uns der Ausdruck „Verschulden" ganz allgemein, daß ein Vorwurf gegen das Verhalten des Beschädigten vorliegt, das auf seinen Ersatzanspruch schmälernd einwirkt.

Daher hat das Reichsgericht[63] den in älteren Urteilen[64] vertretenen Standpunkt, wonach ein wirkliches Verschulden i. S. des § 276 BGB. vorliege, aufgegeben, denn es hat erkannt, daß in vielen Fällen, auf die § 254 BGB. Anwendung findet, von einem Verschulden des Beschädigten im „strengen" Sinn nicht gesprochen werden kann, und zwar besonders dann nicht, wenn es sich um die Besorgung seiner

---

60) RG. 62, S. 348.

61) Staudinger: a.a.O. zu § 254, Bem. 2, sieht die Schädigung der eigenen Person nicht als schuldhaft an. Sobald aber der Geschädigte von einem Dritten Schadensersatz fordere, berühre er die Rechtssphäre des Dritten. Diese Schädigung höre dann auf, ein Internum innerhalb der Rechtssphäre des Geschädigten zu sein. Die an sich nicht schuldhafte Handlung gegen die eigenen Interessen würde in dem Augenblick, in dem für den Schaden Ersatz gefordert wird, vom Standpunkt des in Anspruch genommenen Dritten aus schuldhaft.

62) Zitelmann: a.a.O. S. 167; Labowsky: Eigenes Verschulden bei Schadensersatzansprüchen im gemeinen Recht und BGB., S. 23.

63) RG. 100, S. 44.

64) siehe Seite 20.

eigenen Angelegenheiten handelt. Das Urteil des RG. in JW. 1914, S. 2 legt daher dar, „daß das Mitverschulden sich als ein Verschulden in eigener Angelegenheit darstelle, das in der Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt des Beschädigten für sich und das Seinige bestehe."

Ich habe hiermit festgestellt, daß das mitwirkende Verschulden in § 254 BGB. die Beziehung zu etwas Rechtswidrigem darstellt, wenn nach der Entstehung des Schadens der Verletzte diesen vergrößert, eine Rechtspflicht des Beschädigten sich selbst gegenüber aber nicht in Frage kommt, sondern hier die Beziehung zu einem pflichtwidrigen Verhalten genügt.

Der Schuldbegriff scheint auf den ersten Blick in gewisser Beziehung ein anderer als der bisher besprochene zu sein. Aber dennoch möchte ich denselben nicht als besonders gearteten Schuldbegriff ansehen, denn die Unterscheidungsmerkmale sind nicht so erheblich, als daß man einen gänzlich neuen Schuldbegriff in § 254 BGB. formulieren müßte; besteht doch auch zwischen einem rechtswidrigen und einem pflichtwidrigen Verhalten kein besonders großer Unterschied, denn die Pflichten, die jeder gegen sich selbst hat, sind im Grunde genommen nicht andere, als die von Mensch zu Mensch bestehen, nur daß die einen gesetzlich niedergelegt sind und die anderen nicht. Deshalb halte ich daran fest, daß der Schuldbegriff in § 254 BGB. der gleiche ist wie der bisher erwähnte.

Obwohl man eingesehen hat, daß dem Verschulden in § 254 BGB. dieselbe Bedeutung beigemessen werden müsse wie dem echten Verschulden, ist doch die berechtigte Frage aufgeworfen worden, ob der Grundsatz der §§ 827, 828 BGB. auf § 254 BGB. unmittelbar Anwendung findet oder ob eine derartige Anwendung nur im Wege der Analogie möglich ist. Man beruft sich darauf, daß das BGB. die Anwendung der §§ 827, 828 BGB. auf das eigene Verschulden nicht ausdrücklich vorschreibe. So sagt Krause[65]): „In den §§ 827, 828 BGB. ist nur die Rede von dem Fall, daß die hiergenannten Personen einem anderen einen Schaden zugefügt haben. Wenn nun durch den § 276, Abs. 1 Satz 3 BGB. die Anwendung der §§ 827, 828 über den Bereich der unerlaubten Handlungen unmittelbar vorgeschrieben wird, so kann hiernach die Anwendung derselben doch nur auf solche Fälle geschehen, auf welche diese Bestimmungen unmittelbar passen, wo es sich also um die Schadenszufügung in der Person oder in dem Vermögen eines andern handelt. Dies ist aber bei dem eigenen Verschulden des § 254 BGB. nicht der Fall, denn hier tritt der Schaden im eigenen Rechtskreis ein, sodaß beim eigenen Verschulden nur eine analoge Anwendung in Frage kommen kann[66].)

Krause hat sich mit seiner Ansicht besonders gegen den Standpunkt des RG. gewandt und zu der in Band 59, S. 221 erschienenen Entscheidung Stellung genommen. Das Reichsgericht begründet seinen Standpunkt

---

65) Krause: a.a.O. S. 24.

66) ebenso Pfizer: a.a.O. DJZ. 1904, Sp. 712; Oertmann: Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen, in Bl.f.RA. Band 74, S. 573 ff.

damit, daß sich gegen eine sofortige Anwendung der §§ 827, 828 BGB. auf das eigene Verschulden nicht einwenden lasse, daß § 828 lediglich den Fall berühre, wo jemand einen anderen, nicht sich selbst schädige. Denn wenn bei Gelegenheit der Regelung der allgemeinen Verantwortlichkeit in den Schuldverhältnissen seine Anwendbarkeit vorgeschrieben werde, so folge daraus mit Notwendigkeit, daß die für unerlaubte Handlungen gegebenen Vorschriften nicht auf den in § 828 BGB. vorausgesetzten Tatbestand beschränkt bleiben sollen.

Wenn Krause hiergegen behauptet, das Reichsgericht bringe mit seiner Ansicht keinen schlüssigen Gegenbeweis gegen die von ihm vertretene Ansicht, da § 254 BGB. für das eigene Verschulden keine Verantwortlichkeit statuiere, außerdem man von einer rechtlichen Verantwortlichkeit sich selbst gegenüber und einem Verantwortlichsein für einen Schaden, den man sich selbst zugefügt hat, nicht reden könne, so vermag ich dieser Ansicht nicht zuzustimmen.

Wie bereits erwähnt, stehe ich auf dem Standpunkt, daß das Verschulden in § 254 BGB. genau so zu behandeln ist wie das echte Verschulden. Unter Verschulden ist also auch in diesem Fall Vorsatz und Fahrlässigkeit zu verstehen, d. h. der Handlungsunfähige ist unter denselben Voraussetzungen eines Verschuldens nach § 254 BGB. fähig, unter denen ihn auch sonst ein Verschulden trifft. Hierfür ist der Maßstab des § 276 BGB. maßgebend, der das Verschulden der oben erwähnten Personen nach den Bestimmungen der §§ 827, 828 BGB. regelt. Krause widerspricht sich, denn er will auch zwischen dem Verschulden in § 276 BGB. und dem des § 254 BGB. keinen Unterschied machen. Deshalb sehe ich keinen Grund, die Vorschriften der §§ 827, 828 BGB. auf das Verschulden in § 254 BGB. im Wege der Analogie anzuwenden, sondern halte die sofortige Anwendung der genannten Paragraphen für durchaus gerechtfertigt. Etwaige Bedenken gegen diese Ansicht bzgl. des Anwendungsgebietes des § 276 BGB. mögen einstweilen beiseitegestellt werden, da hierauf in dem nächsten Abschnitt ausführlicher einzugehen ist.

Durch die in § 276 verordnete Anwendbarkeit der §§ 827, 828 BGB. wird der an sich selbstverständliche Satz ausgesprochen, daß jedes Verschulden Zurechnungsfähigkeit voraussetzt. Mithin kommt für Kinder unter 7 Jahren ein mitwirkendes Verschulden nicht in Frage, während bei Jugendlichen zwischen 7 und 18 Jahren ihre Einsichtsfähigkeit entscheidet.

§ 4. Das Anwendungsgebiet der §§ 827, 828 BGB.

Die in § 276, Absatz I, Satz 3 BGB. erfolgte Verweisung auf die §§ 827, 828 BGB. zwingt uns auf das Verhältnis der erwähnten Paragraphen zu einander näher einzugehen, vor allem aber die Frage zu untersuchen, wie weit sich das Herrschaftsgebiet der §§ 827, 828 BGB. erstreckt. Diese Grenzlinien finden sich zunächst innerhalb der Lehre von den unerlaubten Handlungen, und die Anwendbarkeit der §§ 827, 828 BGB. auf die Verletzung obligatorischer

Verpflichtungen ist in § 276 BGB. ausdrücklich vorgeschrieben. Es gibt aber eine Reihe anderer Fälle, die weder unter die Deliktsobligationen noch unter die Kontraktsverletzungen fallen, und hier taucht eben die für unser Problem interessierende Frage auf, ob auch in derartigen Fällen der Maßstab der vorhin erwähnten Paragraphen anzuwenden ist, ob beispielsweise zwischen Vorsatz bei Deliktsobligationen einerseits und anderen gesetzlich relevanten Fällen andererseits zu unterscheiden ist. Von den gesetzlich relevanten Fällen scheiden wieder die Kontraktsverletzungen aus. Als Beispiel für die übrigbleibenden Fälle führt Weyl[67]) den § 530 Absatz 2 BGB. an. Dieser spricht den Erben des Schenkers das Recht des Widerrufs nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerrechtlich den Schenker getötet oder am Widerruf gehindert hat. Zunächst ist zu sagen, daß man auf Grund dieses Paragraphen zu entnehmen glaubt, daß zu dem, was das BGB. Vorsatz nenne, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht gehöre, vielmehr zeige § 530 Absatz 2 durch die Hervorhebung der Widerrechtlichkeit neben dem Vorsatz, daß vorsätzliches Verhalten auch ohne objektive Widerrechtlichkeit denkbar sei, daß die Frage nach dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gar nicht auftauchen könne[68]).

Dölle[69]) hat aber mit Recht darauf geantwortet, daß das Gesetz von Verschulden und Vorsatz nur dort spricht, wo der objektive Tatbestand den Verstoß gegen eine Norm, wenn auch nicht notwendig Rechtsnorm[70]), enthält. Aus § 530 Absatz 2 BGB. ist daher nicht zu beweisen, „daß der Vorsatzbegriff des BGB. ein jedes Vorwurfelementes entkleiderter Begriff ist."

Da nun für den erwähnten Fall aus dem Gesetz nichts zu entnehmen sei, will Weyl mit folgender Argumentation diesen Fall zu lösen wissen: „Da Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der betreffenden Handlung und das Bewußtsein der Kausalität zwischen Handlung und Erfolg involviere, so müsse man überall da den Vorsatz leugnen, wo das Bewußtsein zu leugnen wäre. Dies könne man aber nicht bei jedem Entmündigten, jedem Kinde oder jedem Minderjährigen. Für derartige Fälle spitze sich die Untersuchung, ob für den Vorsatz das maßgebende Bewußtsein vorhanden war, in der psychischen Beschaffenheit des Täters zu."

Das Ergebnis würde nach Weyl bei Nichtbefolgung seiner Argumentation für den erwähnten Fall denn folgendes sein:

Die Erben des Schenkers wären nicht widerrufsberechtigt, wenn dem Beschenkten, der den Schenker ermordete, an der Vollendung des 7. Lebensjahres ein Tag fehlen würde, der Mörder aber ein sehr gewecktes Kind sei, das den Mord sehr raffiniert ausgeführt hätte; sie wären wiederum stets und unbedingt widerrufsberechtigt, wenn

---

67) Weyl: a.a.O. S. 403.

68) Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, I, S. 525.

69) Dölle: a.a.O. S. 108.

70) darauf habe ich bei dem Verhältnis von § 828 BGB. zu § 254 BGB. verwiesen.

der Täter eine erwachsene Person sei, die zwar nicht gerade geisteskrank oder in einem der in § 827 BGB. vorgesehenen Zustände befindlich wäre, wohl aber eine Person, deren Intellekt mangelhaft ausgebildet sei und die z. B. nicht unbedingt gewußt haben würde, daß die Waffe, die sie auf den Schenker abdrückte, kein ungeladenes Kinderspielzeug gewesen sei. —

Auch in anderen Fällen, wie § 912, Abs. 1, § 1680, I, 1; § 2333, II+III; § 2339, Nr. 1+2 nebst § 2345, I, 1, will Weyl denselben Grundsatz anwenden. Seine Ansicht führt also zu dem Ergebnis, daß man zwischen Vorsatz bei Deliktsobligationen und kontraktlichem Verschulden einerseits und den anderen nicht darunter fallenden Möglichkeiten unterscheiden muß.

Dieses Ergebnis ist jedoch nicht zufriedenstellend. Es geht nicht an, die Behauptung aufzustellen, ein noch nicht 7 Jahre altes Kind könne in den ersterwähnten Fällen nicht vorsätzlich handeln, während dies in den anderen Fällen möglich sei. Selbst wenn man die Ansicht derer teilt, die ein vorsätzliches Verhalten bei einem Kinde unter 7 Jahren für möglich halten, kommt man zu dem Ergebnis, daß bei Kontraktsverletzungen und Deliktsobligationen der Grundsatz des § 828 BGB. angewandt werden kann, d. h. sie werden also wegen ihres vorsätzlichen bzw. fahrlässigen Handelns nicht haftbar sein, während dies in den anderen Fällen mangels Anwendung der §§ 827, 828 BGB. für das Handeln des Kindes in Frage kommt. Im übrigen kann das von Weyl angeführte Ergebnis schon aus dem Grunde nicht richtig sein, weil er selbst zugibt, § 828 BGB. erstrecke sich auf Kontraktsverletzungen und finde auch innerhalb der Schuldverhältnisse Anwendung. Darunter fällt aber auch § 530 BGB. Wollte man in dem angeführten Beispiel den Erben helfen, so ist dies nur auf Grund des § 829 BGB. möglich, falls das noch nicht 7 jährige Kind vermögend und die übrigen Voraussetzungen des § 829 BGB. vorliegen.

Im Interesse einer einheitlichen Regelung im BGB. halte ich es daher für erforderlich, daß der Grundsatz der §§ 827, 828 BGB. ganz allgemein auf alle Verschuldensarten ausgedehnt werden muß. Zwar steht der einzige Paragraph, in dem auf die genannten Vorschriften verwiesen wird, innerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse und nicht im allgemeinen Teil; aber aus dem ganzen Grundgedanken des BGB. in der Behandlung der Minderjährigen ist zu entnehmen, daß überall, — sei es im Sachen-, Familien- oder Erbrecht, — wo von irgendwelchen Verschuldensfällen die Rede ist, dieses Prinzip anzuwenden ist. Nur dadurch wird eine allgemeine Regelung getroffen und ein allzu kompliziertes Auslegen der einzelnen Paragraphen vermieden. Ob ein Kind „raffiniert und sehr helle" für sein Alter ist, muß man dahin gestellt sein lassen, Kinder unter 7 Jahren sind grundsätzlich eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns nicht fähig.

4. Kapitel.

Die Bösgläubigkeit Minderjähriger im Sinne von § 819 BGB.

Ich habe im vorigen Abschnitt dargetan, daß eine Ausdehnung des Grundsatzes der §§ 827, 828 BGB. auf alle Verschuldensarten erforderlich erscheint. Im Rahmen der Verschuldensbegriffe interessiert aber auch die Bedeutung des Begriffes „Bösgläubigkeit", und berechtigt zu der Frage, ob der Minderjährige überhaupt bösgläubig und auch hierbei eine Anwendung des oben erwähnten Grundsatzes gerechtfertigt sein kann. Dies ist von besonderer Wichtigkeit für die Fragen der Bereicherungslehre wegen der Anwendung des § 819 BGB. —

Zunächst ist daran festzuhalten, daß es für den Begriff der Bereicherung unbeachtlich ist, ob der Bereicherte voll- oder minderjährig ist. Ein Minderjähriger erwirbt das Eigentum an dem gezahlten Gelde auf Grund abstrakter Uebereignung, muß aber freilich den Erwerb mangels Genehmigung als ungerechtfertigte Bereicherung dem Leistenden wieder herausgeben. Selbst wenn er das ohne Grund empfangene Geld verausgabt hat, ist er auf Grund des § 818 Abs. 2 BGB. auf Ersatz des Wertes verhaftet, kann sich allerdings nach § 818 Abs. 3 BGB. von der Haftung befreien, wenn er in der Lage ist nachzuweisen, daß seine Bereicherung weggefallen ist. Bei diesem Beweis genügt es aber nicht, daß er lediglich dartut, daß die Bereicherung nicht mehr vorhanden ist, sondern das Kriterium für den Wegfall muß auch hier sein, daß eine Ersparnis durch den Verbrauch ausgeschlossen wurde. Auch das Reichsgericht hat diesen Grundsatz in Band 68, S. 270 aufgestellt[71]).

Wenn auch das Gesetz im allgemeinen von dem Grundsatz beherrscht ist, daß der Bereicherte nur soweit verhaftet ist, als eine Bereicherung tatsächlich noch vorhanden ist, so gewährt es in gewissen Fällen doch in Uebereinstimmung mit dem gemeinen und römischen Recht[72]) eine über die Bereicherung hinausgehende Haftung, weil nämlich der Empfänger von einem gewissen Zeitpunkt an wissen muß, daß er unter Umständen zur Herausgabe angehalten werden kann. Deshalb besagt der § 819, Abs. I BGB. als Ausnahme von § 818, Abs. III BGB., daß bei Kenntnis des Mangels des Rechtsgrundes seitens des Empfän-

[71]) Diese Entscheidung trifft den Fall, wo ein Darlehn an einen Entmündigten gegeben, die vormundschaftliche Genehmigung dabei nicht eingeholt und das geliehene Geld dann durch den Entmündigten verbraucht wurde.

[72]) Derselbe Grundsatz hat im römischen Recht zu dem Satz geführt: post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores (siehe Windscheid — Kipp: a.a.O., I, § 124 zu n. 5.)

gers der Wegfall der Bereicherung unbeachtlich ist. Würde § 819 BGB. Anwendung finden, so träfe auch den Minderjährigen eine verschärfte Haftung, d. h. er müßte für das Empfangene, das durch sein Verschulden verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann, Ersatz leisten, weil er den Mangel des rechtlichen Grundes kannte. (§ 818 Abs. IV; § 819; § 292; § 989 BGB.).

Nun will Pfeiffer[73]) den § 819 BGB. bei der Bereicherung eines Geschäftsunfähigen, eines Geisteskranken, durch folgende Argumentation umgehen:

Er geht von dem Fall aus, daß eine Bank an einen Geisteskranken Geld auszahlt; der Kunde sei also ungerechtfertigt bereichert, und die Bank könne, wenn diese Summe sich noch im Besitz des Kunden befände, sie ohne weiteres für sich fordern. Wenn der Geisteskranke das ihm übertragene Geld ausgäbe, so sei er auch noch ungerechtfertigt bereichert, denn er bestreite dann Aufwendungen, die sonst seinem übrigen Vermögen zur Last gefallen wären; hätte ihm die Bank das Geld nicht gegeben, so hätte er sein eigenes Vermögen in Anspruch nehmen müssen. Dafür spreche die Vermutung. Außerdem — und das träfe in allen Fällen zu, auch in denen, wo das Vermögen des Kranken sich in dem Bankguthaben erschöpfe — hätte der Vormund den fast unmöglichen Beweis anzutreten, daß der Geisteskranke seine Absicht Geld zu vergeuden, ohne Bestehung der Bankforderung nicht verwirklicht hätte. Somit habe der Geisteskranke Aufwendungen erspart, und auf diese Weise „etwas" i. S. des § 812 BGB. erlangt. Da aber die Herausgabe des Erlangten ja unmöglich sei, wäre nach § 818 Abs. II BGB. der Wert zu ersetzen, d. h. er hätte das Geld der Bank zurückzuerstatten. Infolgedessen bliebe das Konto in der alten Höhe bestehen, nur könne die Bank jetzt in Höhe ihres Bereicherungsanspruches mit dem Konto des Geisteskranken aufrechnen. Diese Ansicht erscheint jedoch gesucht und ihr kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden, da sich nie etwas Sicheres über die Handlungsweise eines Geisteskranken sagen läßt.

Das Reichsgericht[74]) steht bzgl. der Anwendung des § 819 BGB. auf Minderjährige auf dem Standpunkt, daß bei der Bereicherung Minderjähriger im Falle des § 819 BGB. eine Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes nur vorliege, wenn der gesetzliche Vertreter desselben diese Kenntnis gehabt habe, was dem Grundgedanken der §§ 107, 166, Abs. 1 BGB. entspreche, wonach ein beschränkt Geschäftsfähiger zu verpflichtenden Willenserklärungen der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedürfe (§ 107), und wonach bei der Beurteilung der rechtlichen Folgen einer durch Willensmängel beeinflußten Willenserklärung die Kenntnis des Vertreters, nicht des Vertretenen,

---

[73]) Pfeiffer: Gültigkeit der Zahlung an Geisteskranke, in LZ. 1912, S. 746.

[74]) RG. 79, S. 287; 81, S. 266, 93, S. 230; Seuff. Arch. 72, S. 364; JW. 1917, S. 465; Warneyer Kom. I, S. 1419; Gruch. 61, S. 645. Ebenso Lehmann: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, S. 179; Enneccerus-Lehmann: a.a.O. S. 755.

in Betracht komme (§ 166 Abs. I). Das Reichsgericht hat sich ferner darauf berufen, daß bei der Anwendung des § 819 BGB. auf die Haftung Minderjähriger der Schutz illusorisch wäre, den das Gesetz sonst den Minderjährigen zuteil werden ließe.

Einen entgegengesetzten Standpunkt nimmt von Tuhr[75]) ein, der den § 819 BGB. auf den Minderjährigen Anwendung finden lassen will, indem er darauf hinweist, die Zuhilfenahme des § 819 BGB. vermöge die Gefahren aus dem geschäftlichen Verkehr mit Minderjährigen zu mildern.

Auch das Kammergericht[76]) hat die Haftung eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten nach § 819 in einer Entscheidung ausgesprochen, und zwar für den Fall, wo jemand gegen § 263 StGB. verstieß, indem er seine Entmündigung und Minderjährigkeit verschwieg und sich dadurch Kleidungsstücke und Geld verschaffte. —

Weder der Ansicht von Tuhrs noch der des Reichsgerichts kann aber zugestimmt werden. Beide sind unbillig. Wenn man mit von Tuhr den § 819 BGB. auf Minderjährige allgemein sofort anwendet, so würde man damit dem Kläger das Recht einräumen, aus dem etwaigen bösen Glauben eines Minderjährigen unter Berufung auf § 819 BGB. den vollen Wertersatz zu beanspruchen. Damit würde aber auf einem Umwege das erreicht, was der Gesetzgeber im allgemeinen Teil des BGB. zum Schutz des Vermögens des beschränkt Geschäftsfähigen vermeiden will. Andererseits wird aber auch das Reichsgericht mit seinem dem Minderjährigen gewährenden Schutz nicht gerecht; dem Minderjährigen räumt es zwar eine sichere Stellung ein, aber es behandelt sowohl den 6 jährigen wie 17 jährigen Minderjährigen gleich, und untersucht nicht weiter, ob nicht doch bei dem 17 Jährigen ein etwaiger böser Glaube in Frage kommen könnte. Den Minderjährigen Schutz angedeihen zu lassen, verlangt unser Gesetz; aber dieser Schutz muß auch ein gerechter sein und darf nicht übertrieben werden. Die Regelung der beschränkten Geschäftsfähigkeit, wie sie das BGB. getroffen hat, ist eben nicht schlechthin eine solche in favorem der beschränkt Geschäftsfähigen, sondern sie ist, und zwar in höherem Maße als im römischen Recht, auch durch Rücksichtnahme auf die Interessen derjenigen mitbestimmt, die mit dem Minderjährigen in Verkehr treten[77]). Auch die Motive[78]) haben ebenfalls diesen Gesichtspunkt mit in Erwägung gezogen. —

Auch in der neuen Literatur[79]) sieht man jetzt ein, daß sowohl der Standpunkt des Reichsgerichts wie auch die Anwendung des § 819

---

[75]) von Tuhr: a.a.O. Band II, S. 365.

[76]) ROLG. 20, S. 249.

[77]) Riezler: Venire contra factum proprium, S. 137.

[78]) vgl. Motive I, S. 133: In dem Schutze der Minderjährigen darf nicht weiter gegangen werden, als mit der materiellen Gerechtigkeit verträglich ist.

[79]) Enneccerus-Nipperdey: a.a.O. S. 462 Anm. 3; Enneccerus-Lehmann: a.a.O. S. 755; Oertmann: a.a.O. II, 2, S. 1362; K.v.RGR. III, S. 531; Lehmann: a.a.O. S. 179.

BGB. auf Minderjährige nicht richtig ist und zieht eine analoge Anwendung des Grundsatzes des § 828 BGB. in Erwägung, ohne jedoch eine nähere Begründung dafür zu geben. —

§ 819 BGB. spricht von „Kennen des Mangels des Rechtsgrundes." Von Kennen kann man aber nur dann sprechen, wenn jemand die Beschaffenheit einer Tatsache präzis genau weiß, d. h. der Wirklichkeit entsprechende Vorstellungen von einer Tatsache hat. Wenn das Gesetz an die Kenntnis einer Tatsache Rechtsfolgen knüpft, muß die Kenntnis soweit präzisiert sein, daß der Wissende nach dem Maßstab von Treu und Glauben bei seinem Verhalten die Tatsache berücksichtigen kann und soll. Daher gehört zur Kenntnis einer Tatsache unter Umständen die Einsicht in ihre rechtliche oder faktische Bedeutung. —

Das Gesetz legt auch sonst dem Schutz, den es Minderjährigen zuteil werden läßt, Beschränkungen auf, indem es in § 828 BGB. bei Vorhandensein der erforderlichen Einsicht den Minderjährigen haften läßt. Aus demselben legislativen Motiv muß aber doch auch ein Minderjähriger für den oben bezeichneten Schaden haften, wenn er beim Empfang einer Leistung bösgläubig ist. Auch bei Schaffung des BGB. hat man diesen Gedanken wohl in Erwägung gezogen, einen Bösgläubigen so zu behandeln wie einen, der eine unerlaubte Handlung begeht, denn der erste Entwurf wollte denjenigen, welcher bereits beim Empfang der Leistung den Mangel des Rechtsgrundes kannte, nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen haften lassen, während derjenige, der erst später den Mangel erfuhr, in gleicher Weise haften sollte, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe in diesem Zeitpunkt rechtshängig geworden wäre. Danach wäre bei einem Minderjährigen, von dem man vermutete, daß er bösgläubig war, der Maßstab des § 828 BGB. anzulegen gewesen, wenn die zur Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht vorhanden war. Der zweite Entwurf und das BGB. haben jedoch die Haftung des Empfängers abgeschwächt und ihn in beiden Fällen so haften lassen, wie wenn der Anspruch rechtshängig geworden wäre. —

Es entspricht aber der Billigkeit, wenn auf die Bösgläubigkeit der Grundsatz des § 828 BGB. in Analogie angewandt wird, denn einmal wird dadurch eine allzu große Ueberspannung des Schutzgedankens vermieden, zum anderen spricht aber auch für eine Anwendung des in § 828 BGB. aufgestellten Grundsatzes auf die Bösgläubigkeit noch folgende Argumentation:

§ 932 Abs. II BGB. enthält die für das ganze BGB. wichtige Definition der Bösgläubigkeit. Zwar finden wir den Ausdruck „Bösgläubigkeit" nicht im Gesetz, sondern es wird nur gesagt, wer nicht in gutem Glauben ist.

Auch grobfährlässige Unkenntnis erfüllt danach den Tatbestand der Bösgläubigkeit. Durch dieses Einflechten der groben Fahrlässigkeit in den Begriff, stellt das Gesetz eine Beziehung her zwischen Verschulden und der Bösgläubigkeit. Zwar decken sich diese Begriffe nicht, aber dennoch besteht zwischen beiden eine verwandtschaftliche Beziehung,

die Weyl[80]) trefflich mit dem Verhalten zweier sich schneidender Kreise vergleicht. „Das beiden gemeinsame Stück umfaßt alle Fälle einer auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis des kritischen Rechtsmangels; also eine Unkenntnis, die ihren Grund in einem Verschulden hat, und ein Verschulden, das gerade in der beschriebenen Unkenntnis besteht."

Wenn nun auch die Vorschriften des § 828 BGB. systematisch zu den unerlaubten Handlungen gehören, also im 25. Titel des 7. Abschnittes des 2. Buches aufgeführt sind, so steht einer Anwendung des in § 828 BGB. enthaltenen Grundsatzes auf andere Verschuldensarten, wie ich schon bewiesen habe, nichts im Wege. Insbesondere nicht auf das hier zur Erörterung stehende Gebiet der Bösgläubigkeit. Denn die Bösgläubigkeit trägt einen immerhin den unerlaubten Handlungen nahestehenden Charakter, der sich aus der gemeinschaftlichen Verwandtschaftsfrage mit dem „Verschulden" ergibt. Einerseits umfaßt die unerlaubte Handlung Vorsatz und Fahrlässigkeit, und andererseits bildet die (grobe) Fahrlässigkeit den Tatbestand der Bösgläubigkeit, so daß sich also durch Vermittlung der groben Fahrlässigkeit die Beziehungen zwischen der Bösgläubigkeit und den unerlaubten Handlungen rechtfertigen lassen. Außerdem dehnt das Gesetz diesen Grundsatz des § 828 BGB. auf andere Gebiete insbesondere das des Schuldrechts aus[81]).

Das gewonnene Ergebnis ist auch für den geschäftlichen Verkehr zu billigen. Zunächst ist natürlich der Grundsatz aufrecht zu erhalten, daß der Minderjährige geschützt werden soll, weil er sich über die Tragweite seines Handelns nicht die nötigen Gedanken macht. Aber dieser Grundsatz darf auch nicht zu unbilligen Härten führen. Man muß doch einen Unterschied zwischen einem Kinde von 6 Jahren und einem 17 Jährigen machen. Bei einem Kinde von 6 Jahren wird der Richter die Bösgläubigkeit verneinen; anders aber bei einem 17 Jährigen. Der Minderjährige von heute macht schon von klein an eine ganz andere Erziehung mit als früher. Er wird in der Schule schon zur Selbständigkeit erzogen, und oft steht der 14 bis 15 Jährige im Geschäftsleben und wird infolgedessen mit dessen Gepflogenheiten und Regeln vertraut gemacht. Bei einem 17 Jährigen, der sich auf höchst raffinierte Weise bereichert und dann beispielsweise das Geld verjubelt hat, ohne daß der gesetzliche Vertreter von dem Handeln des Minderjährigen etwas wußte, wird der Richter sicher die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht feststellen und ihn nach dem Grundsatz des § 828 BGB. haften lassen, wäre der Leistende, der nach dem Aussehen des Minderjährigen keine Schlüsse auf sein jugendliches Alter ziehen konnte, doch sonst, wenn man den Standpunkt des RG. teilen würde, schutzlos gestellt, so daß der gerissene Minderjährige aus seiner Geschäftsbeschränktheit in unlauterer Weise zum

---

80) Weyl: a.a.O. S. 210.

81) Ja man kann sogar sagen, daß die angeführte Vorschrift direkt auf die Bösgläubigkeit des § 990 BGB. angewandt werden kann, da es sich hier um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt, auf das die allgemeinen Regeln des 2. Buches Anwendung finden.

Schaden seines Geschäftsgegners Kapital schlagen könnte. Das wird natürlich nicht immer der Fall sein; bei den 17 Jährigen werden hier und da auch Ausnahmen bestehen und die vorher erwähnte Charaktereigenschaft nicht vorhanden sein. Hier ist es dann dem Richter überlassen, die zur Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht zu verneinen. Der einzig richtige und der gerechteste Weg ist eben für beide Teile:

Die analoge Anwendung des § 828 BGB.

5. Kapitel.

Schlußbetrachtung.

Die Arbeit sollte zeigen, von welcher Bedeutung § 828 BGB. für die Behandlung der Minderjährigen im Rechtsleben ist.

Grundprinzip bleibt: Der in der Entwicklung befindliche Jugendliche muß gegen seine für ihn nachteiligen Handlungen geschützt werden. Der Jugendliche ist nun einmal unfertig und unsicher. Diese Unsicherheit und die mangelnde Fähigkeit kann in der richtigen Bewertung aller neuen Eindrücke durch eine starke und sichere Führung in die richtige Bahn gelenkt werden. Der heutige Staat stellt den Jugendlichen eine solche starke Führung zur Seite, so daß dadurch die Unsicherheit in dem Charakter des Jugendlichen stark eingeschränkt wird. Allerdings ist bei der Beurteilung der Tat eines Jugendlichen auch auf das Alter Rücksicht zu nehmen. Notwendig ist aber bei der Verfolgung dieses Prinzips, daß es nicht zu unbilligen Härten führen darf. Der Verfasser glaubt festgestellt zu haben, daß der Gesetzgeber bei Schaffung des Paragraphen 828 BGB. manches ausführlicher und klarer hätte zum Ausdruck bringen müssen. Die Versuche nach einer Neuformulierung[82]) des § 828 BGB. werden hoffentlich auch bald zu einer Neufassung führen.

Der Verfasser sah sich genötigt, auch auf das Verhältnis zu den 3 anderen mit § 828 BGB. eng zusammenhängenden Paragraphen einzugehen, Zweifel herauszustellen und sie zu behandeln. Wichtig ist vor allen Dingen, daß sich die Anwendbarkeit des § 828 BGB. auf das gesamte Rechtsgebiet erstreckt, und diese nicht innerhalb der unerlaubten Handlungen und der Kontraktsverletzungen stecken bleiben darf, was bei der Behandlung der Bösgläubigkeit nach § 819 BGB. von Bedeutung war. So kann § 828 BGB. mit Recht als Grundparagraph bezeichnet werden, wo immer von Haftung, Schuld und Verantwortlichkeit der Minderjährigen die Rede ist.

---

[82]) Dölle, a.a.O. S. 121.

Lebenslauf.

Am 14. Dezember 1907 als Sohn des Oberschullehrers Eduard Kuhl und seiner Ehefrau Paula, geb. Ispert zu Wuppertal-Barmen geboren, besuchte ich zunächst die Volksschule in Wuppertal-Barmen. Bei Ausbruch des Weltkrieges und sofortiger Einberufung meines Vaters zum Heere verlegte meine Mutter den Wohnsitz nach Ruppichteroth (Bez. Köln). Es folgten für mich noch einige Volksschuljahre, und dann trat ich in die Sexta der Rektoratschule in Waldbröl ein. Nach Beendigung des Krieges und Rückkehr meines Vaters zogen wir wieder nach Wuppertal-Barmen. Ich wurde Schüler des städtischen Gymnasiums und trat mit Klasse Obersekunda zum städtischen Realgymnasium über, wo ich 1928 das Abiturientenexamen ablegte. Um mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu widmen, bezog ich zunächst für 4 Semester die Universität Freiburg i/Br. und abschließend die Universität Bonn. Am 10. Oktober 1932 legte ich an dem Oberlandesgericht in Düsseldorf die erste juristische Staatsprüfung ab. Das Doktorexamen bestand ich am 28. Juni 1935 an der Universität Freiburg i/Br.